

Número 35, Época II, junio 2016



INSTITUTO DE
DERECHOS HUMANOS
BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS



HURI-AGE
Consolider-Ingenio 2010

Dykinson, S.L.
EDITORIAL

FC FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

DERECHOS Y LIBERTADES

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO y DERECHOS HUMANOS

#35



DERECHOS Y LIBERTADES

Número 35, Época II, junio 2016

Monográfico
*“Aproximación a los derechos sociales:
perspectivas múltiples”*



INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS
BARTOLOMÉ DE LAS CASAS
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID



FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

Dykinson, S.L.

La revista Derechos y Libertades está incluida en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, DICE, MIAR, CARHUS, INRECJ, Qualis, Dulcinea, International Political Science Abstract, Worldwide Political Science Abstracts, Philosopher's index, IBSS. Se encuentra incluida en el repositorio DIALNET.

La Revista superó la II Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT.

Derechos y Libertades se adhiere al Código de Conducta y Buenas Prácticas para Editores de Revistas del Comité de Ética de las Publicaciones (COPE). Disponible en: publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_Mar11.pdf

Redacción y Administración

Revista Derechos y Libertades
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
28903 Getafe (Madrid)

E-mail de la Revista:
franciscojavier.ansuategui@uc3m.es
derechosylibertades@uc3m.es

Adquisición y suscripciones



Suscripción en papel

Ver boletín de suscripción al final de este número y remitir en sobre cerrado a:

Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)

Compra directa a través de nuestra web
www.dykinson.com/derechosylibertades

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

ISSN: 1133-0937

Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:

Dykinson, S.L.

C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Derechos y Libertades, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Derechos y Libertades, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

Revista fundada por GREGORIO PECES-BARBA

Director:

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI (Universidad Carlos III de Madrid)

Subdirector:

JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)

Secretario:

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Universidad Carlos III de Madrid)

Consejo Científico

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI (Universidad Carlos III de Madrid)

RAFAEL DE ASÍS (Universidad Carlos III de Madrid)

RICARDO CARACCILO (Universidad de Córdoba, Argentina)

PAOLO COMANUCCI (Università di Genova)

J. C. DAVIS (University of East Anglia)

ELÍAS DÍAZ (Universidad Autónoma de Madrid)

RONALD DWORKIN (†) (New York University)

EUSEBIO FERNÁNDEZ (Universidad Carlos III de Madrid)

CARLOS FERNÁNDEZ LIESA (Universidad Carlos III de Madrid)

VINCENZO FERRARI (Università di Milano)

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (Universidad de León)

PETER HÄBERLE (Universität Bayreuth)

MASSIMO LA TORRE (Università Magna Graecia, di Catanzaro)

MARIO LOSANO (Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”)

JAVIER DE LUCAS (Universidad de Valencia)

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA (Universidad de Cantabria)

GREGORIO PECES-BARBA (†) (Universidad Carlos III de Madrid)

ANTONIO E. PÉREZ LUÑO (Universidad de Sevilla)

PABLO PÉREZ TREMPES (Universidad Carlos III de Madrid)

MICHEL ROSENFELD (Yeshiva University)

MICHEL TROPER (Université de Paris X-Nanterre)

AGUSTÍN SQUELLA (Universidad de Valparaíso)

LUIS VILLAR BORDA (†) (Universidad Externado de Colombia)

YVES-CHARLES ZARKA (Université René Descartes Paris 5-Sorbonne)

GUSTAVO ZAGREBELSKY (Università di Torino)

VIRGILIO ZAPATERO (Universidad de Alcalá)

Consejo de Redacción

MARÍA JOSÉ AÑÓN (Universitat de València)
FEDERICO ARCOS (Universidad de Almería)
MARÍA DEL CARMEN BARRANCO (Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA DE LOS ÁNGELES BENGOCHEA (Universidad Pontificia de Comillas)
DIEGO BLÁZQUEZ (Universidad Carlos III de Madrid)
IGNACIO CAMPOY (Universidad Carlos III de Madrid)
PATRICIA CUENCA (Universidad Carlos III de Madrid)
JAVIER DORADO (Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA JOSÉ FARIÑAS (Universidad Carlos III de Madrid)
JOSÉ GARCÍA AÑÓN (Universitat de València)
RICARDO GARCÍA MANRIQUE (Universitat de Barcelona)
CRISTINA GARCÍA PASCUAL (Universitat de València)
ANA GARRIGA (Universidad de Vigo)
JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (†) (Universidad Complutense)
RAFAEL GONZÁLEZ-TABLAS (Universidad de Sevilla)
ROBERTO JIMÉNEZ CANO (Universidad Carlos III de Madrid)
CARLOS LEMA (Universidad Carlos III de Madrid)
FERNANDO LLANO (Universidad de Sevilla)
JOSÉ ANTONIO LÓPEZ (Universidad de Jaén)
ÁNGEL PELAYO (Universidad de Cantabria)
OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Universidad Carlos III de Madrid)
MIGUEL ÁNGEL RAMIRO (Universidad de Alcalá)
ALBERTO DEL REAL (Universidad de Jaén)
JOSÉ LUIS REY (Universidad Pontificia de Comillas)
SILVINA RIBOTTA (Universidad Carlos III de Madrid)
JESÚS PRIMITIVO RODRÍGUEZ (Universidad Rey Juan Carlos)
MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP (Universidad Carlos III de Madrid)
JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES (Universidad Carlos III de Madrid)
MARIO RUIZ (Universitat Rovira i Virgili)
RAMÓN RUIZ (Universidad de Jaén)
OLGA SÁNCHEZ (Universidad de Cantabria)
JAVIER SANTAMARÍA (Universidad de Burgos)
ÁNGELES SOLANES (Universitat de València)
JOSÉ IGNACIO DEL SOLAR (Universidad de Cantabria)

Sentido de la Revista

Derechos y Libertades es la revista semestral que publica el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid. Forma parte, junto con las colecciones *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, *Traducciones y Debates* de las publicaciones del Instituto.

La finalidad de *Derechos y Libertades* es constituir un foro de discusión y análisis en relación con los problemas teóricos y prácticos de los derechos humanos, desde las diversas perspectivas a través de las cuales éstos pueden ser analizados, entre las cuales sobresale la filosófico-jurídica. En este sentido, la revista también pretende ser un medio a través del cual se refleje la discusión contemporánea en el ámbito de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía Política.

Derechos y Libertades se presenta al mismo tiempo como medio de expresión y publicación de las principales actividades e investigaciones que se desarrollan en el seno del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

ÍNDICE

Nota del Director	11
--------------------------------	----

SECCIÓN ESPECIAL

Historia de los derechos fundamentales y el legado del Profesor Gregorio Peces-Barba	17
<i>History of fundamental rights and the legacy of Professor Gregorio Peces-Barba</i>	

MASSIMO LA TORRE

ARTÍCULOS

Sección monográfica

“Aproximación a los derechos sociales: perspectivas múltiples”

Derechos sociales: Un enfoque multinivel	29
<i>Social rights: A multilevel approach</i>	

THOMAS CASADEI

Propuesta para una plena justiciabilidad de los derechos sociales frente al legislador	53
<i>Backing a full justiciability of social rights against legislatures</i>	

GIOVANNI BISOGNI

Sobre el estatuto de los derechos sociales: Una relectura en clave normativa	81
<i>On the status of social rights: A rereading through a normative lens</i>	

SILVIA ZULLO

Una defensa de la constitucionalización de los derechos sociales.....111
In favour of constitutionalizing social rights

M^a DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS

La protección indirecta como instrumento de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Tribunal Europeo de derechos humanos.....137
Indirect protection as a tool for the enforcement of economic, social and cultural rights before the European Court of human rights

JORDI BONET PÉREZ

Derecho a la educación y libertad de enseñanza en la LOMCE185
The right to education and freedom of teaching in the LOMCE

OSCAR CELADOR ANGÓN

Democracia, virtud cívica y derechos sociales215
Democracy, civic virtue and social rights

RAMÓN RUIZ RUIZ

Redistribución de recursos y derechos sociales. La tensión entre igualdad y prioridad.....235
Resources redistribution and social rights. The strain between equality and priority

SILVINA RIBOTTA

El “derecho al trabajo” en las cárceles franquistas265
The right to work in Franco’s prisons

JOSEFA DOLORES RUIZ RESA

RECENSIONES

José Luis REY PÉREZ (dir.), *Sostenibilidad del Estado de Bienestar en España*309

PABLO SCOTTO BENITO

Laura Mora CABELLO DE ALBA y Juan ESCRIBANO GUTIÉRREZ (eds.), *La ecología del trabajo. El trabajo que sostiene la vida*323

DANIEL J. GARCÍA LÓPEZ

Silvina RIBOTTA, Andrés ROSSETTI (eds.), *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria*333

BEGOÑA CABEZA MARTÍNEZ

NOTICIAS

Seminario “La Storicità del Diritto. Esistenza materiale. Filosofia. Ermeneutica”, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata, 2 y 3 de febrero de 2016.....347

II Observatorio Internacional de Derechos Humanos “Derechos de las personas migrantes, derechos reproductivos y LGBTI y el derecho a la conformación de partidos políticos. Diálogo jurisprudencial entre América y Europa” I Jornada (Madrid, 7 y 8 marzo 2016).....349

XVIII Semana de la AEEFP: desafíos públicos. Congreso Internacional de la Asociación de Ética y Filosofía política, Universidad de Córdoba, 13-15 de enero 2016.....351

Participantes en este número353

NOTA DEL DIRECTOR

Este número 35 de *Derechos y Libertades*, incluye una inicial sección especial en donde publicamos la intervención del Profesor Massimo La Torre con ocasión del acto conmemorativo del nacimiento de Gregorio Peces-Barba, organizado por la Fundación Gregorio Peces-Barba para el estudio y la cooperación en derechos humanos, el 13 de enero de 2015. Como conocerán los amigos de la Fundación, cada 13 de enero tenemos un acto de recuerdo de Gregorio, en el que se recuerdan facetas de su vida, desde diversas perspectivas, y en conexión con la actualidad de la sociedad española. En 2015, Massimo La Torre pronunció el discurso que publicamos al principio del número.

Hace un año aproximadamente, el profesor Thomas Casadei, de la Università di Modena e Reggio Emilia me dio a conocer una serie de trabajos referidos a los derechos sociales que se habían generado en torno a un seminario celebrado en dicha Universidad el 15 de mayo de 2015. En la Redacción de *Derechos y Libertades* pensamos que era una buena ocasión para dedicar un número al tema de los derechos sociales, de manera que se pudiera presentar un panorama referido a diversas perspectivas de análisis y problemas esenciales de la teoría de los derechos. Ese es el origen de este número, dedicado por entero en la sección de artículos a los derechos sociales. El hecho de que los derechos sociales, tanto en sus dimensiones teóricas como en sus aspectos prácticos, ocupen un lugar decisivo en la satisfacción de exigencias mínimas y básicas de justicia social y de moralidad en nuestros modelos sociales, justifica de por sí la atención al tema.

Como el lector podrá observar, los diversos trabajos incluyen aproximaciones plurales al tema. El primer trabajo es el de Thomas Casadei, *Derechos sociales: un enfoque multinivel*. En el artículo, se parte del examen de las principales contribuciones que han caracterizado el debate sobre los derechos sociales, para, posteriormente, proponer un planteamiento de la cuestión de los derechos sociales en una dinámica de promoción de la democracia “desde abajo”. Dicha dinámica, no sólo se ha de generar en el interior de los Estados nacionales; junto a lo anterior, es necesario abordar asumir planteamientos

globales, superadores de las estrechas dinámicas estatales. Casadei propone una “democratización” de la democracia que habría de significar una alternativa a los procesos de “de-democratización”, dirigidos por la promoción del individualismo y por la privatización de las funciones y de los servicios públicos.

Por su parte, Giovanni Bisogni, (U. di Salerno), desarrolla un discurso encaminado a ofrecer argumentos a favor de la justiciabilidad de los derechos sociales; cuestión especialmente importante en un contexto social y político caracterizado por políticas de omisión y de recortes a la capacidad de actuación de las estructuras del Estado social. En efecto, en su trabajo *Propuesta para una plena justiciabilidad de los derechos sociales frente al legislador*, procede, en primer lugar, a mostrar los presupuestos de las tesis que reivindican la competencia parcial de los jueces a la hora de garantizar derechos sociales. Posteriormente, analiza de forma crítica los argumentos contrarios a la justiciabilidad de los derechos sociales. A partir de lo anterior, elabora una propuesta en relación con la reconstrucción de las obligaciones legislativas referidas a los derechos sociales y con el desarrollo de determinadas estrategias procesales.

En el trabajo *Sobre el estatuto de los derechos sociales: una relectura en clave normativa*, Silvia Zullo (U. di Bologna), se propone reafirmar la fuerza normativa de los derechos sociales, en cuanto que derechos morales “irreductibles” en su estructura y función, dotados de un fundamento común al de los derechos subjetivos que incluye la síntesis de los valores de libertad, igualdad y dignidad. Para ello, explora las posibilidades de superar la distinción entre derechos “de libertad” incondicionados y “derechos sociales”, de un lado; de otro, subraya la potencialidad de los derechos sociales como instrumento “privilegiado” para hacer frente al drástico aumento de las desigualdades económico-sociales y de la tasa de pobreza.

María del Carmen Barranco (U. Carlos III de Madrid), en el artículo *Una defensa de la constitucionalización de los derechos sociales*, trata de justificar la afirmación según la cual si los derechos sociales se aceptan como derechos humanos, entonces la distinción entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos carece de sentido. Y ello, no sólo desde el punto de vista de la fundamentación y de la estructura; la distinción debería abandonarse en la articulación de los sistemas de protección de derechos, ya que, si todos los derechos se orientan a garantizar que las personas tengamos el control de nuestras propias vidas, y si de todos se derivan debe-

res de respeto y deberes de protección, no existen argumentos en contra de la exigibilidad de los derechos sociales que no pudieran hacerse extensivos también a los derechos civiles y políticos.

El trabajo que sigue es el de Jordi Bonet Pérez (U. de Barcelona), *La protección indirecta como instrumento de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. En él, se presenta la protección indirecta como un criterio interpretativo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que permite extender la protección del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y de sus Protocolos a derechos y libertades que no se encuentran reconocidos en sus disposiciones (en particular los derechos sociales). De esta manera, se consigue de garantizar la efectividad de los derechos que sí están reconocidos. En el trabajo, a través del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, se analizan las diversas modalidades de aplicación de la protección indirecta, así como los límites jurídicos e interpretativos que condicionan el alcance de la protección de los derechos sociales.

En *Derecho a la educación y libertad de enseñanza en la LOMCE*, Oscar Celador (U. Carlos III de Madrid) analiza la configuración de los derechos a la educación y a la libertad de enseñanza en la LOMCE y su coherencia con el marco constitucional. La conclusión a la que llega es que la reforma educativa ha sido impulsada con el pretexto de mejorar la calidad y la competitividad del sistema educativo; pero, en realidad, ha modificado en profundidad tanto el currículo y el itinerario escolar, como el papel de la incitativa privada financiada con recursos públicos en el nuevo modelo educativo.

Ramón Ruiz (U. de Jaén) defiende la tesis según la cual existe un estrecho vínculo entre la democracia, la virtud cívica y los derechos sociales. En efecto, en el trabajo *Democracia, virtud cívica y derechos sociales*, señala que el disfrute de los derechos sociales es un auténtico mecanismo que ha de posibilitar a los ciudadanos implicarse activamente en la cosa pública y comprometerse con el futuro de su comunidad. Si ello es así, la consecuencia es que se va a favorecer la construcción de una genuina democracia, en la que los ciudadanos gocen de una oportunidad real de influir en las decisiones de los poderes públicos, gracias a lo cual será más probable que estas se encaminen a satisfacer el bien común.

En *Redistribución de recursos y derechos sociales. La tensión entre igualdad y prioridad*, Silvina Ribotta (U. Carlos III de Madrid) discute sobre la forma idónea de distribuir recursos económicos para la exigibilidad y efectividad

de los derechos sociales, de acuerdo al marco ético, político y económico del Estado de Derecho que se sostenga. En este sentido, en el trabajo se exponen los conceptos y fundamentos más relevantes de las propuestas igualitaristas y prioritaristas, las vinculaciones y tensiones internas y los efectos sobre los derechos sociales. La conclusión a la que se llega es que el máximo disfrute de estos derechos exige un igualitarismo teleológico pluralista-prioritarista, que priorice estrategias de políticas públicas para ciertos colectivos más desaventajados, permitiéndoles mayor efectividad y pleno disfrute de sus derechos sociales en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades.

La sección de artículos se clausura con el trabajo de Josefa Dolores Ruiz Resa (U. de Granada), *El "derecho al trabajo" en las cárceles franquistas*. En dicho trabajo, y desde una perspectiva más concreta que la asumida por el resto de los trabajos, se analiza la institución de la Redención de Penas por el Trabajo, identificada con el sometimiento a trabajos forzados vigente desde 1938. El artículo pretende poner de manifiesto los contenidos y peculiaridades de la institución en las cárceles franquistas, en donde se presentaba como una manifestación del derecho al trabajo. Y, también, aportar elementos que permitan conocer mejor los aspectos jurídico-políticos del autoritarismo del régimen franquista, y así poder valorar si aún perduran en el actual. La conclusión a la que se llega es que estamos ante la perversión de un mecanismo de emancipación de los individuos, que se ve reducido a una obligación social irresistible y a una forma de redención moral.

En resumen, presentamos al lector un número con un contenido centrado en los derechos sociales, que es expresión de la relevancia de la cuestión a la hora de definir aspectos fundamentales del modelo social. Las perspectivas de los trabajos son diversas, así como el nivel de concreción de los aspectos tratados. Esperamos que los materiales recogidos en este número 35 de *Derechos y Libertades* sean de interés para los estudios de la categoría derechos sociales y del complejo discurso de los derechos. Como es habitual, el número incluye la sección de reseñas, que se completa con las noticias sobre algunas actividades promovidas por el Instituto o en donde se ha contado con la participación de los miembros del mismo.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Director

SECCIÓN ESPECIAL

HISTORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL LEGADO DEL PROFESOR GREGORIO PECES-BARBA

*HISTORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE LEGACY OF
PROFESSOR GREGORIO PECES-BARBA*

(Discurso en el Círculo de Bellas Artes de Madrid el 13 de enero 2015)

MASSIMO LA TORRE
Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro

I

Debo decir que estar aquí con Ustedes hoy es para mi motivo de alegría, pero también de tristeza. La alegría es obvia; me encuentro aquí en una sede prestigiosa, con los amigos y los colegas de la *Fundación Gregorio Peces-Barba* y del *Instituto de Derechos Humanos* de la Universidad Carlos III, y discutiendo de una obra que admiro. Pero no puedo ocultar mi tristeza.

Estar en Madrid para mí por muchos años ha significado estar acompañado por la figura y la persona de Gregorio Peces-Barba. La misma idea de la capital española siempre me evocaba la personalidad de Gregorio, que ha amado esta ciudad con pasión verdadera. Gregorio interpretaba lo mejor de esta ciudad y de su historia, el pasado ilustrado y republicano (aunque todos conocemos su ferviente apoyo a la monarquía parlamentaria después de la Constitución del 78). Es el Madrid de Carlos III, del general Prim y de Azaña que resonaba a menudo en sus palabras. Pero ahora las palabras tuyas de que podemos disfrutar sólo son las escritas. Su voz está muda. Y de él ahora se podría decir lo que Miguel Hernández constataba de sí mismo al final de su vida, en la soledad y desesperación de la celda: "Yo que creí que la luz era mía, precipitado en la sombra me veo".

Pero aquí estamos, y para echar en la sombra del destino último la luz de la amistad y de la razón discutidora, la misma que detestaron y combatieron Donoso Cortés y su epígono Carl Schmitt. Sin embargo ellos no son de los nuestros, pero sí que lo es Gregorio, y aquí -repito- estamos para al silencio dar otra vez voz y con esta voz dialogar.

Ahora bien, su voz vibra fuerte en la obra que hoy quiero, muy brevemente, comentar, la *Historia de los derechos fundamentales*, que creo es de Gregorio el legado intelectual más relevante de sus últimos años. En los muchos volúmenes de esta historia se perfila nítida su personalidad y su filosofía. Esta obra por supuesto es resultado de un gran esfuerzo colectivo y de la convergencia de distintas opiniones y de plurales puntos de vista. Sin embargo, permítanme concentrar mi mirada sobre la aportación del Profesor Gregorio Peces-Barba, del que hoy también celebramos el cumpleaños.

La *Historia de los derechos fundamentales* (publicada por Dykinson, y editada por Gregorio Peces-Barba junto a los Profesores Eusebio Fernández, Rafael de Asís, Francisco Javier Ansuátegui y Carlos Fernández Liesa) se articula, lo sabemos, en cinco tomos, todos, con exclusión del primero, a su vez compuestos de varios volúmenes y libros. Empieza tratando del siglo XVI y termina con el siglo XX.

De verdad, más que una historia, es una compleja y riquísima enciclopedia de los derechos humanos, donde se pueden encontrar y consultar estudios sobre todas las corrientes y las etapas del pensamiento político moderno. Pero también sobre los temas substantivos más significativos que conciernen a la temática de los derechos fundamentales y humanos.

Esta vocación enciclopédica, y, yo diría también, *enciclopedista* es manifiesta en el último tomo, aquel que trata del siglo XX, donde en varios volúmenes podemos leer de la trama compleja de los asuntos que los derechos humanos están llamados a afrontar, a señalar sino a resolver, en nuestros tiempos. El siglo XX, a pesar de ser el "siglo breve", todavía proyecta sus sombras, y sus luces, en el nuevo milenio en que ahora estamos -permítanme de decir- como perdidos.

II

Cuando hablamos de la historia de las ideas políticas y jurídica hoy en día hay inevitablemente que referirse a dos grandes escuelas. La primera y

más conocida e influyente es la de Cambridge, la culta perspectiva metodológica de Quentin Skinner (cuya historia del pensamiento político moderno está muy presente en los escritos de Gregorio para su *Historia de los derechos fundamentales*). Aquí se rompe con la dos antecedentes visiones tradicionales de la historia de las ideas, según las cuales éstas, las ideas, por un lado se podían estudiar de manera sincrónica como paradigmas eternos (“unit-ideas”, como dice Arthur Lovejoy) o posturas en una discusión intemporal o contemporánea, y por otro lado como evolución interna de modelos teóricos engendrados por la dialéctica propia del mundo ideal al cual pertenecen (a la manera de Benedetto Croce).

Para Skinner las ideas políticas, y así los derechos fundamentales, hacen parte de un discurso que es válido eminentemente dentro de un contexto histórico determinado y a partir de intenciones lingüísticas bien identificables. Detrás de esta perspectiva hay una buena dosis de teoría lingüística post-wittgensteiniana, el intencionalismo de Paul Grice para entendernos. Pero más que nada un elevado contextualismo que a Skinner le llega de los estudios de John Pocock (el autor de *The Machiavellian Moment*). “It was Pocock above all –dice Skinner– who taught my generation to think of the history of political theory not as the study of allegedly canonical texts, but rather as more wide-ranging investigation of the changing political languages in which societies talk to themselves” (*Liberty before Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge 1998, p. 105). Se cree que las ideas políticas son artefactos para usar en cierto contexto y delante de ciertos auditorios y con fines que están arraigados en cierta situación histórica. Así que aquellas ideas no tienen una ambición contrafactual o universal y sólo se pueden entender dentro de un específico horizonte.

Skinner es muy hábil a la hora de reconstruir momentos de esta historia de manera muy inteligente y persuasiva. A él le debemos por ejemplo el desarrollo de los estudios sobre los republicanos florentinos e ingleses. Sin embargo, hay que señalar que su contextualismo se reniega a sí mismo en el momento en el cual se acuña la pretensión de una tercera idea de libertad que sea alternativa a la liberal y a la democrática, es decir la así llamada “republicana”, que se centraría sobre la noción de independencia, y se hace del republicanismo (véase la obra de Philip Pettit) un paradigma teórico universal y atemporal. Lo que remete en discusión la pretendida imposibilidad de usar las ideas políticas en modo sincrónico.

La otra gran escuela en la historia de las ideas es aquella muy germánica de Reinhard Koselleck que se construye alrededor de esta gran obra, otra tela

de trabajo enciclopédica, que es la “Historia de los conceptos políticos” editada por el mismo Koselleck. Aquí nos encontramos con una visión mucho más filosóficamente orientada que se desliza en una verdadera filosofía de la historia. El numen tutelar de la *Begriffsgeschichte* de Koselleck es ni más ni menos que el mismísimo Martin Heidegger, y detrás de éste se percibe también la figura de Carl Schmitt al cual Koselleck dedicaba su tesis de doctorado. El tema fundamental aquí es la dialéctica entre *Geschichte* y *Historie*, entre una historia particular donde sí se da lo nuevo y que es contextual y en cierta medida subversiva, es decir la *Geschichte*, y la *Historie*, que es la estructura profunda del tiempo histórico que presenta rasgos atemporales, y no se da sin una especie de eterno retorno. “Cada historia particular en la que estamos involucrados la vivimos como única, pero las circunstancias bajo las cuales aparece esa singularidad no son ellas mismas nuevas en absoluto. Hay estructuras persistentes y hay procesos duraderos” (*Aceleración, prognosis y secularización*, trad. castellana de F. Oncina Coves, Pre-Textos, Valencia 2003, p. 79).

La *Geschichte* se refleja en la narrativa de los eventos y conceptos históricos. El historiador narrando el cuento que es la historia no puede no mirar a la singularidad y a la novedad de lo acontecido. Sin embargo lo acontecido es posible dentro de constantes y regularidades, o mejor dicho de estructuras que permiten la prognosis de lo que ha pasado. Así –y esta es una tesis de fuertes implicaciones normativas y políticas– la modernidad no es lo tan moderna que muchos creen. De la misma manera los conceptos políticos, y los derechos fundamentales aquí no son ninguna excepción, son el producto de una traducción secular de nociones y doctrinas que son todas de origen no secular, religiosa. No hay ruptura entre mundo religioso y universo secularizado. La teoría moderna del Derecho permanecería incrustada de teología. Punto de vista éste del cual se hace fuerte Eric Voegelin en su polémica anti-positivista y anti-liberal, y radicalmente rechazado por Hans Kelsen en su último libro, *Secular Religion*, ahora finalmente disponible para el lector (Steiner Verlag, Wien 2013). La tesis que inscribe la filosofía política dentro de la “teología política” al final –dice Kelsen “solo puede querer decir que la ciencia social debe ser teología”.

La modernidad no tiene legitimidad propia –afirma Koselleck– a pesar de toda la investigación de Hans Blumenberg. El tiempo permanece la aventura de la Providencia. Karl Löwith y Carl Schmitt tienen razón, no Hans Blumenberg o Odo Marquard. Así que la historia de las ideas se transforma, o tiene arraigo, en una filosofía de la historia en general. Ya que según esta perspectiva la historia es historia de sus propia ideas que precipitan en los

eventos y en las convulsiones políticas y sociales y estas últimas reproducen el ritmo propio de la estructura del tiempo.

En cierta medida se traiciona aquí el antiesencialismo heideggeriano, ya que, al negar la novedad y la ruptura, en pos de la atemporalidad y de la fundamentalidad de estructuras recurrentes, de la “existencia” de las cosas que se produce en su historicidad pasamos a reafirmar la “esencia” de estas que anticipa y predetermina la experiencia y la acción histórica. La revolución francesa y el terror –y ésta también es una tesis de grandes consecuencias políticas, y reaccionarias, me permito de añadir– son el producto del trabajo racionalizador de la Ilustración. Entre Kant y Robespierre la distancia sería muy corta, y casi de carácter determinista. Lo había dicho, pero con sentido del humor, Heine, y lo repite, a la manera de Spengler, Koselleck.

Ahora bien, ¿a cual de estas dos perspectivas se acerca más la historia de los derechos fundamentales así como está pensada por Gregorio? Yo diría, sin demasiado titubeo: a ninguna de las dos. La postura de Gregorio es bastante ecléctica, y resulta muy difícil reconducirla a una escuela determinada. Sin embargo, yo creo que en cierta medida es Koselleck, con su apuntar hacia estructuras e instituciones y tradiciones que permiten el operar de ciertas ideas que se queda menos distante de la perspectiva de Gregorio. No hay que justificar los derechos fundamentales, hay que protegerles –esta, como sabemos, es la recomendación de Norberto Bobbio. Yo se la critiqué un día en Milán, hace muchos años, teniéndolo a él en el auditorio en primera fila, ya que yo la interpretaba como una tesis no-cognoscitivista. Y le reprochaba que no se entiende como se pueda proteger algo que no tiene justificación.

Sin embargo la recomendación de Bobbio puede tener otra lectura. Se podría entender como la constatación que el fundacionalismo dentro del discurso moral tiene un papel muy limitado. Practicando el discurso moral, al hablar de derechos humanos o fundamentales, ya estamos dentro de un ámbito que asume la validez y la significancia de aquellos derechos. Así que no hace falta verdad meta-ética, “verdad pura sin duelo”, sino sólo ética. Lo argumenta de manera muy rigurosa Ronald Dworkin en su último gran libro, *Justice for Hedgehogs*. Bobbio podría haber dicho, en el terreno pre-metateórico, algo parecido. Y algo similar me parece ser el soporte de la historia de los derechos fundamentales en la mirada de Gregorio.

“Siempre –escribe– me ha parecido arbitraria una fundamentación de los derechos humanos cerrada en una pretendida reflexión racional y abstracta. Incluso la más pura fundamentación exclusivamente racional es, ne-

cesariamente también, una fundamentación histórica” (*Sobre el fundamento de los derechos humanos*, pp. 267-268). La historia de estos derechos es parte del discurso moral y normativo sobre los mismos, y tal discurso es la deliberación y la consideración de su implementación e institucionalización. No hay una historia de los derechos fundamentales que sea sólo historia; aquí la historia y su narrativa sirven al presente y se hacen casi inmediatamente discurso normativo fuerte.

III

Pero hay más. La historia de los derechos fundamentales –nos dice Gregorio– es posible porque hay unas estructuras que la permiten. En este sentido parece ser un adepto de Koselleck, aunque sin el anti-modernismo y el tradicionalismo que al alemán le resultan congeniales. Gregorio no renuncia nunca a la filosofía ilustrada de la historia. Si no al mito del progreso sin calificaciones, sí adhiere a la idea de que hay un progreso de aprendizaje moral en el género humano. Esta idea se podría articular –y yo lo he hecho en otra ocasión– como la pretensión al progreso del Derecho que estaría detrás e implícita en la pretensión de corrección y de justicia del discurso jurídico.

En las reconstrucciones que Gregorio ofrece de la historia de los derechos fundamentales y en la misma gran obra que él edita y que hoy aquí presentamos y discutimos creo se pueden señalar tres constantes, o estructuras permanentes, de los derechos fundamentales. Estas son, a mi parecer, (i) el Estado, (ii) la Nación, y por fin (iii) el Estado social. Pero, ¿porqué el Estado? Porque sin Estado, sin un aparato institucional organizado y su monopolio de la violencia, no habría derechos que pudiesen ser eficaces: los derechos fundamentales necesitan de un orden jurídico establecido, válido, normas que se observen y que en el caso que no se observen puedan ser no obstante aplicadas. “La filosofía de los derechos fundamentales –escribe Gregorio–, que aparentemente está en radical contradicción con el Estado absoluto, necesita sin embargo de este, de su centralización y monopolio del poder, que subsistirán en el Estado liberal, para poder proclamar unos derechos abstractos del hombre y del ciudadano, teóricamente válidos para todos, dirigidos al “*homo iuridicus*”. Sin el esfuerzo previo de centralización, de robustecimiento de la soberanía unitaria e indivisible del Estado, no hubieran sido posibles históricamente los derechos fundamentales. Por otra parte, sin ese robusto poder del Estado, no habría aparecido tan nítida unas de las primeras fun-

ciones que se atribuyen a los derechos: limitar al poder del Estado” (*Historia de los derechos fundamentales*, vol. 1, Dykinson, Madrid 1998, p. 22).

Según Gregorio, como para Kant, sin coacción, sin sanción, no hay Derecho, y sin Derecho, no hay *derechos*. Los derechos fundamentales son dispositivos jurídicos, no simples nociones morales.

Lo mismo vale para la nación. Los derechos exigen el mutuo reconocimiento de estatus, y también la capacidad de sacrificarse y luchar para los derechos de los demás. Se presupone una fraternidad que va más allá del requisito de universalidad que abarca todo el género humano. Es la *fraternité* de la revolución francesa. Los derechos son para iguales, sin que el color de la piel, la raza y la religión discriminen. Esto implica una concepción de la convivencia que nos una más allá de las familias, o de la sangre, e incluso de la tradición. Necesita una idea de buena vida generosa, incluyente. Es la nación de los Franceses, que se construye mediante el hecho de la interacción de sujetos que conviven y quieren convivir juntos. Y –lo sabemos– Gregorio fue un “afrancesado”. La ciudadanía no es hecho de sangre o de abstractos principios, sino de práctica de convivencia y participación.

La nación aquí es un proyecto, no un destino. Es la cosa pública de sujetos que se deciden por el diálogo. No es un caso que Gregorio por ejemplo dedique uno de sus trabajos para la *Historia de los derechos fundamentales* al Edicto de Nantes, el edicto del gran Enrique IV, el primer rey Borbón, donde se intentaba edificar un régimen de tolerancia entre católicos y protestantes después de decenios de masacres y guerras fratricidas. La nación permite que creyentes de distintas religiones, que partidarios de diferentes facciones, puedan encontrarse en un terreno común y reconocerse y adscribirse un mismo estatus de “hablante” y participante. Es la perspectiva que nos concede la asunción del punto de vista interno, que sólo puede dar legitimidad al Estado. El Estado como protector y sancionador es aún un hecho fáctico de reducida fuerza normativa. Puede proteger derechos, no darlos de verdad. Sólo la dimensión nacional relacionada a la ciudadanía le permite el salto a una normatividad y legitimidad plena.

Y luego está el Estado social. Frente al Estado y dentro del Estado tenemos libertad. Con la nación llegamos a la fraternidad. Pero, ¿qué decir y que hacer con la igualdad? Los derechos implican una misma dignidad. Pero, ¿puede haber algo parecido en un régimen de insuperable desigualdad? No, no se puede.

Los derechos civiles y políticos requieren el complemento de los derechos sociales para no quedarse el privilegio de un puñado de favorecidos por la

suerte, las jerarquías y la lucha para la supervivencia. Esta lucha debe ser sustituida por el apoyo mutuo. La cosa pública que se activa con el mutuo reconocimiento no se puede dar entre muy pobres y muy ricos. ¿Porqué sería mía esta “cosa”, que se pretende “pública”, si desatiende mis necesidades básicas y se dedica a favorecer a unos pocos? Si no es la cosa común de todos, sino patrimonio privatizado, será cosa de algunos, de pocos siempre. En los países de mucha desigualdad no existe ya la plaza, el foro, en que se puedan encontrar y deliberar entre ellos los ciudadanos todos, sino los ricos se encierran en sus casas o en sus urbanizaciones. ¿De que podrían discutir y deliberar sujetos que no tienen intereses y recursos que compartir y con horizontes de expectativas tan abismalmente distintos? La privacidad le gana a la publicidad, ya sin servirle para alimentar a sus razones. Así que un derecho político sin el derecho social que lo acompañe es una hipocresía. El derecho de voto no es lo mismo, no tiene detrás la misma fuerza de capacidad normativa, para quien vive en una chabola que para aquél que reside en los barrios altos, para quien tiene acceso a la educación superior que para aquél que no se la puede permitir.

Sin embargo los derechos fundamentales –nos dice Gregorio– se construyen *a contrario*, por contraposición, hacia sus condiciones de posibilidad. Esta quizás –diría Hegel– es una astucia de la razón histórica. Tenemos derechos fundamentales en tanto en cuanto nos resistimos al Estado. Lo mismo vale –me parece– hacia la nación; hacia la comunidad hay que afirmar el derecho a la separación y a ser diferente. Y con respeto al Estado social que tiene la pretensión de hacer del ciudadano un mero receptor de beneficios, hay otra vez que reinterpretar los derechos sociales como autonomías relacionadas al pluralismo de la sociedad. Los derechos fundamentales tienen que resistir a las tres tentaciones del poder, del dinero o de la riqueza, y del milagro o de la fe. Son las mismas a las que se resistió Jesús en el desierto delante del diablo. *Vade retro Satanas*. La historia de los derechos fundamentales sirve para recordarlo y tematizarlo. Su narrativa es su justificación. Aunque la historia del mundo nunca pueda ser su tribunal. La historia más bien es la *jurisprudencia de la moral*. Y la historia de los derechos humanos es en cierta medida la jurisprudencia de tales derechos. Este es su sentido, esta es su misión.

IV

La reina de la noche está viva y fuerte y Sarastro parece que ya no tenga los poderes de antaño. Y otra vez la escuchamos gritar: “*Der Hölle Rache kocht*

in meinem Herzen, Tod und Verzweiflung flammet um mich her!". Así que los derechos fundamentales están en peligro. Aunque siempre lo hayan estado.

El estado de excepción que expulsa al Estado de derecho, el mercado que se compra y corrompe a la cosa pública, el consumidor que reemplaza al ciudadano, el centro comercial que se come a la plaza, el fanático que desprecia al tolerante, la globalización que desestructura a los Estados, y a las naciones, en este horizonte "liquido" a los derechos se les quita el aire que respiran y los alimentos que los sustentan. Mas, en la sombra que nos amenaza, su historia, la historia de los derechos, nos recuerda que "*mehr Licht*", "más luz", todavía es nuestra última palabra.

Y finalmente, y para Gregorio: "*Do not go so gentle into that good night, rage, rage, against the dying of the light*".

MASSIMO LA TORRE
Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro
Campus Universitario "Salvatore Venuta"
Viale Europa -Località Germaneto
(88100) Catanzaro (Italia)
e-mail: mlatorre@unicz.it

ARTÍCULOS

Sección monográfica
*“Aproximación a los derechos sociales:
perspectivas múltiples”*

DERECHOS SOCIALES: UN ENFOQUE MULTINIVEL*

SOCIAL RIGHTS: A MULTILEVEL APPROACH

THOMAS CASADEI**

Università degli studi di Modena e Reggio Emilia

Fecha de recepción: 30-1-16

Fecha de aceptación: 17-2-16

Resumen: *El artículo, a partir del examen de las principales contribuciones que han caracterizado el debate recientemente, propone algunos apuntes para situar la cuestión de los derechos sociales en una dinámica de promoción de la democracia “desde abajo”, en el interior de los Estados nacionales, pero también aumentando la perspectiva a una óptica planetaria. El sentido argumentativo, y la intencionalidad que lo alimenta, es el de una “democratización” de la democracia misma como alternativa a los procesos de “de-democratización”, dirigidos por la “promoción ilimitada del individualismo” y por la “privatización de las funciones y de los servicios públicos”.*

Los derechos sociales, plenamente “derechos fundamentales” y “derechos humanos”, son concebidos como “indivisibles”, “interdependientes”, “interconectados”, respecto al resto de derechos fundamentales (tal y como se establece en la Declaración de Viena de 1993); para garantizarlos, es necesario que estén radicados “conceptualmente” dentro de un espacio social e institucional que hoy sólo puede ser “multinivel” pero que, al mismo tiempo, no puede prescindir del poder regulador y práctico de los Estados y de las instituciones territoriales, justo a las reivindicaciones que se movilizan y llevan a cabo en estos espacios.

* Una primera versión de este texto fue presentada en el marco de una Clase de doctorado en “Law, Economy and Society” (currículum: *Fundamental Right in the Global Society*) en la Scuola di Giurisprudenza de la Università di Camerino el 13 de mayo de 2015. Agradezco al Profesor Luca Baccelli su invitación y a todos los participantes en el debate sus intervenciones y observaciones.

** Traducción del italiano de Mónica Granell. *Nota del Editor:* Se han mantenido las referencias a las traducciones italianas. En los casos en los que el autor ha manejado traducciones al italiano en obras extranjeras se han mantenido las referencias, aportando la traducción castellano en el caso en el que existiera.

Abstract: *Starting from an analysis of the most influential literature, this essay focuses on the issue of social rights as set forth in a discourse aimed at “reviving democracy from below”, using both the national state and the global perspectives. The arguments aim at justifying the “democratization” of democracy itself, as an alternative to the processes of “de-democratization”, caused by the “unlimited promotion of individualism” and by the “privatization of functions and of public services”. Social rights, justly considered as “fundamental rights” and as “human rights”, are conceived as “indivisible”, “interdependent” and “interconnected” to other fundamental rights (as set forth by the Vienna Declaration of 1993). In order to be guaranteed, they must be “contextually rooted” in a social and institutional space which today cannot be but “multilevel”. At the same time, they cannot be independent from the regulatory and the executive powers of the states and of the other territorial institutions nor from the claims issued in those spaces.*

Palabras clave: derechos sociales, enfoque multinivel, participación, reivindicación
Keywords: social rights, multilevel approach, participation, vindication

1. UN CUADRO HISTÓRICO-RECONSTRUCTIVO Y UN ENFOQUE PLURALISTA (ES DECIR, “A VARIOS NIVELES”)

El tema de los derechos sociales se sitúa en el cruce de las relaciones entre algunas categorías clave del léxico filosófico-jurídico como las de *igualdad*¹, *solidaridad*², *dignidad humana*³. “Tomarlos en serio” significa abordar

¹ Generalmente se considera que el valor subyacente a los derechos sociales está representado por la igualdad (sustancial). Por más que pueda subsistir alguna duda sobre esta posibilidad (considerada la variedad con la que, en las sociedades contemporáneas, se interpreta esta idea), el hecho es que una reflexión sobre la igualdad, tanto a nivel conceptual como a nivel filosófico-político, representa un pasaje obligado de un discurso cerrado sobre los derechos sociales. En este sentido: M. LUCIANI, “Sui diritti sociali” en A. PACE *et alii*, *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, 2 vols., Cedam, Pádua, 1995, vol. II: pp. 97-134; A. SCHIAVELLO, “Principio di eguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico”, *Ragion pratica*, núm. 14, 2000, pp. 65-79; L. PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 69-116.

² Cfr., por último, S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

³ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Rivendicando i diritti sociali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2014. Recordando explícitamente los dos Pactos internacionales de 1966, el de los Derechos civiles y políticos y el de los Derechos económicos, sociales y culturales y la más reciente Declaración de Viena de 1993, en el texto se identifica en la *dignidad humana* el “fundamento moral último”, “común y compartido”, de cualquier clase de derechos, superando de este modo “las diferencias (y quizás las aparentes contradicciones)” (p. 34) entre los derechos civiles y los derechos políticos, que estarían guiados por el principio de libertad, y los derechos sociales, guiados por el principio de igualdad y solidaridad (cfr. p. 32, p. 35).

cuestiones de derecho constitucional y del trabajo, pero también aventurarse inevitablemente en la dirección de la ética, pública y práctica, de la ciencia de la política, de las instituciones y de la administración, ampliar el perímetro de los razonamientos a la dimensión sociológica y sociológico-jurídica, planteando cuestiones fundamentales como las de la concepción del *Estado social*⁴ y de la *ciudadanía*⁵.

Es fundamental, como ha observado recientemente Francisco Javier Ansuátegui Roig, la conciencia de que “*il discorso dei diritti implica una concezione degli esseri umani come individui, una certa comprensione delle relazioni intersoggettive e inoltre condiziona un determinato modello di organizzazione sociale*”; cuestiones, las enumeradas, respecto a las cuales “*gli approcci ideologici non possono sospendere il giudizio*”⁶. Ningún enfoque es, por tanto, neutral, cuando hay en juego cuestiones como la alimentación, la salud, la educación, el trabajo, la vivienda, la asistencia y la previsión social.

Bajo estos perfiles, los partidarios de los derechos sociales los conciben en general como:

- i. el resultado jurídico-práctico de la idea de igualdad (entendida, a su vez, como base axiológica de los derechos sociales) o, sería mejor decir, de un cierto modo de concebir la igualdad (relacionada con solidaridad y dignidad humana);
- ii. el axioma del Estado social, es decir, sustancia axiológica de las instituciones de *Welfare*⁷;

⁴ Cfr., además del clásico G. A. RITTER, *Storia dello Stato sociale* (1993), Laterza, Roma-Bari, 1996, F. CONTI, G. SILEI, *Breve storia dello Stato sociale*, Carocci, Roma, 2006 (n. e. 2013); A. RAPINI, *Lo Stato sociale*, Archetipolibri, Bologna, 2010; A. SUPIOT, *Grandeur et misère de l'État social*, Fayard, Collège de France, París, 2013.

⁵ Paradigmático es el estudio de T. H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950. Cfr. D. ZOLO (coord.), *Cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994. Para un enfoque crítico del modelo sociológico marshalliano: M. LA TORRE, *Cittadinanza e diritti sociali*, in *Id.*, *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Giappichelli, Turín, 2004, pp. 219-246.

⁶ F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Rivendicando i diritti sociali*, cit., p. 10 (con anterioridad, el autor señala también la argumentación de C. S. NINO, “Sobre los derechos sociales” en M. CARBONELL, J. A. CRUZ PARCERO, R. VÁZQUEZ (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 137-143). Cfr., también, F. J. CONTRERAS PELÁEZ, *Los derechos sociales. Teoría e Ideología*, Tecnos, Madrid, 1994.

⁷ Guido Corso destacó que “*i diritti sociali sono l'espressione, sul piano delle situazioni soggettive, del Welfare State o dello Stato sociale o dello Stato assistenziale. Non possono perciò rimanere esenti dalla crisi che oggi investe la filosofia politica del Welfare State*” (G.

- iii. el pilar de la ciudadanía y la democracia entendida en sentido no meramente procedimental, sino sustantivamente *social*⁸ (asumen así el aspecto peculiar, para recurrir a una imagen sugestiva, de “compuesto químico inestable”⁹).

Analizar los derechos sociales significa, por lo tanto, tener en cuenta la propia disposición de las ordenaciones constitucionales democráticas, es decir –como ha subrayado recientemente Luigi Ferrajoli–, el constitucionalismo, con sus “transformaciones” y sus “crisis”¹⁰, y no solo, entonces, la protección del individuo detentador (propietario) de derechos (como querría cierta versión individualista hegemónica), sino también la que Pietro Barcellona definió como la “construcción social del ciudadano democrático”¹¹.

En ese sentido, se puede comprobar la posibilidad de descubrir, como surgiría ya de la doctrina jurídica alemana de las primeras décadas del siglo XX, una posible doble configuración de los derechos sociales, una vez admitido su efectivo reconocimiento: i) los derechos sociales “de prestación” (versión asistencial, no necesariamente asistencialista), que implican una instancia de *justicia redistributiva*; ii) derechos sociales “de participación” (versión activista del Estado social), que implican una instancia *participativo-democrática* (y, si se quiere, recurriendo a una expresión ya familiar, plenamente *inclusiva*¹²).

CORSO, “I diritti sociali nella Costituzione italiana”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 3, 1981, pp. 755-784, p. 780).

⁸ Cfr. B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, Milán, 2001, en part. pp. 141-142. Sobre la “democracia social”, distinta de la “política”, la “civil”, la “liberal”, véase L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vols., Laterza, Roma-Bari, 2007, vol. 1, pp. 932-936; vol. 2, pp. 392-432.

⁹ S. VECA, *Cittadinanza. Riflessioni filosofiche sull’idea di emancipazione*, Feltrinelli, Milán, 1990, p. 42 (la imagen es del teórico político marxista Perry Anderson).

¹⁰ L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013, en part. pp. 65-68; pp. 213-221.

¹¹ Así, P. BARCELLONA, señalando la reflexión de Cornelius Castoriadis, en “Questione sociale e questione democratica”, *Critica marxista*, núm. 5, 1993, pp. 39-44, p. 44. De BARCELLONA véanse también *L’individualismo proprietario*, Bollati Boringhieri, Turín, 1987, e “I diritti economici, sociali e culturali nell’ordinamento interno”, en A. AGNATI *et alii*, *Diritti economici, sociali e culturali nella prospettiva di un nuovo stato sociale*, Cedam, Padua, 1990, pp. 19-29.

¹² Cfr. M. J. AÑÓN ROIG, “El test de la inclusión: los derechos sociales” en A. ANTÓN (coord.), *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Talasa, Madrid, 2000, pp. 148-191; A. GARGNANI, “Inclusione e solidarietà” en B. PEZZINI, S. TROILO (coords.), *Il valore delle autonomie. Territorio, potere, democrazia*, Editoriale scientifica, Nápoles, 2015, pp. 189-205. Más en general, P. MINDUS, *Cittadini e no. Forme e funzioni dell’inclusione e dell’esclusione*, Firenze University Press, Florencia, 2014; F. J. DE LUCAS MARTÍN, M. J.

Este segundo aspecto, relacionado con la función *pública* de los derechos sociales –que se cruza, como veremos, con su ser instrumento de promoción y limitación de las libertades fundamentales– se ha ensombrecido por lo general, y así se ha “oscurecido” la naturaleza “bifronte” de esa figura jurídica.

La tesis que pretendo mantener en este ensayo es que es necesario recuperar, a diversos niveles institucionales, este elemento decisivo.

Lo que se propone es, entonces, un recorrido sobre el sentido de la defensa y reivindicación de los derechos sociales y del significado –aún más que de la forma y los instrumentos hoy en uso– del establecimiento institucional surgido bajo su tutela.

En otro trabajo abordé la *génesis* de la idea misma de “derechos sociales” a finales del siglo XVIII; su *desarrollo*, su *configuración jurídica* y su *formalización a nivel constitucional*, además de las *objeciones* a ellos dirigidas sobre todo a lo largo del siglo XX hasta las actuales, pero también las argumentaciones que, desde su gestación, han sometido a rigurosa crítica *naturaleza, estructura, implicaciones*¹³.

En este trabajo, sin embargo, a partir del debate de los últimos años, propongo algunas referencias para situar la cuestión de los derechos sociales en el contexto de la globalización y de los controvertidos procesos de unificación europea, también con el fin de identificar los recorridos del relanzamiento de la democracia mediante acciones “desde abajo”, dentro de los Estados nacionales, pero ampliando la perspectiva a una mirada planetaria. La dirección argumentativa, y la intencionalidad que la alimenta, es la indicada por Étienne Balibar: una “democratización” de la democracia misma como alternativa a los procesos de “de-democratización” vehiculados por la “promoción ilimitada del individualismo” y por la “privatización de las funciones y los servicios públicos”¹⁴.

AÑÓN ROIG, “Controllo sociale vs. emancipazione: la proposta della cittadinanza”, *Ragion pratica*, núm. 40, 2013, pp. 215-240.

¹³ TH. CASADEL, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze University Press, Florencia, 2012, en part. cap. I. En clave genealógica es fundamental G. PECES-BARBA, “Diritti sociali: origini e concetto”, *Sociologia del diritto*, núm. 1, 2000, pp. 33-50. Para un mapa de las cuestiones relevantes que atienden la construcción de una teoría de los derechos sociales, puede verse G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

¹⁴ É. BALIBAR, *Cittadinanza*, Bollati Boringhieri, Turín, 2012, en part. pp. 155-171.

La idea de fondo –lo avanzo– es que los derechos sociales sean, a título pleno, “derechos fundamentales” y “derechos humanos” y que para ser *exigibles* y *justiciables* deban darse dos condiciones estructurales:

- i. que sean concebidos como “indivisibles”, “interdependientes” y “relacionados entre sí” respecto a los otros derechos fundamentales (civiles y políticos), tal como fue sancionado por la Declaración de Viena de 1993, fruto de la Segunda Conferencia mundial de las Naciones Unidas sobre derechos humanos¹⁵;
- ii. que estén arraigados “simultáneamente” dentro de un espacio social e institucional que hoy solo puede ser “multinivel” pero que, al mismo tiempo, no puede prescindir del poder regulador y ejecutivo de los Estados y de las instituciones territoriales¹⁶, además de las reivindicaciones que en estos espacios se movilizan y actúan.

2. EL DEBATE ACTUAL: CONTROVERSIAS Y DIRECTRICES DE ANÁLISIS

El renovado debate sobre los derechos sociales está vinculado muy estrechamente a los efectos de la *crisis sistémica* que está asediando a las democracias occidentales, y por tanto al constitucionalismo tal como se ha consolidado a lo largo de la segunda mitad del siglo XX¹⁷. Al respecto, escribe Ferrajoli, se establece “*la sostituzione al governo politico e democratico dell’economia del go-*

¹⁵ Para un examen exhaustivo en este sentido: S. ZULLO, “Sullo statuto dei diritti sociali: una rilettura in chiave normativa”, en este Fórum. Cfr., también, L. MARTÍNEZ ROLDÁN, “Los derechos sociales como derechos humanos y como derechos constitucionales” en V. ZAPATERO, M. I. GARRIDO GÓMEZ (coords.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Universidad de Alcalá, Alcalá, 2009, pp. 113-142.

¹⁶ Sobre estas cuestiones: G. BISOGNI, “Propuesta para una plena justiciabilidad de los derechos sociales frente al legislador”, en este número.

¹⁷ Para un encuadramiento: J. DE LUCAS, “Los derechos sociales en tiempos difíciles. (Para una discusión radical de los derechos sociales)”, en V. ZAPATERO, M. I. GARRIDO GÓMEZ (coords.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, cit., pp. 167-200. Para una mayor profundización, véanse: F. COSTAMAGNA, “Riduzione delle risorse disponibili e abbassamento dei livelli di tutela dei diritti sociali: il rispetto del nucleo minimo quale limite all’adozione di misure regressive”, y N. NAPOLETANO, “Estensione e limiti della dimensione economia e sociale della Convenzione europea dei diritti umani in tempi di crisi economico-finanziaria”, ambos en *Diritti umani e diritto internazionale*, núm. 2, 2014, respectivamente en las pp. 371-388 y 389-428. Para una panorámica de las cuestiones en juego, a partir de algunas contribuciones recientes: S. VANTIN, “I diritti sociali in tempo di crisi”, *Rivista di Filosofia del diritto*, núm. 2, 2015, pp. 427-436.

*verno economico, e ovviamente non democratico, della politica, che a sua volta richiede la rimozione della costituzione dall'orizzonte dell'azione di governo e la riduzione delle promesse 'eccessive' della democrazia costituzionale"*¹⁸.

Poco a poco se ha ido sedimentando un "proceso destituyente" que actúa a tres niveles: a nivel de ordenamientos estatales (piénsese en la progresiva erosión participativa de las democracias nacionales y en el declive de los partidos de masas); a nivel europeo (con la crisis del proyecto político de la Unión Europea y la debilidad estructural de su Parlamento); y a nivel global (con la afirmación de un poder casi absoluto de los mercados y de una consiguiente anomia internacional). El resultado es la crisis estructural de aquella "capacidad regulativa del derecho" que, de hecho, había hecho posible la propia articulación y la actuación de los derechos sociales en el siglo XX.

La crisis económica ha degenerado en la crisis no solo de la dimensión *formal* y *política* de la democracia, sino también de la *sustancial* y *constitucional*. A su vez, esta doble crisis de la democracia –de la capacidad de gobierno de la política y del proyecto constitucional de garantía y tutela de los derechos (incluidos los derechos sociales¹⁹)– ha tenido un efecto retroactivo sobre la crisis económica y social, agravando los efectos según la que se puede definir "la espiral de la desigualdad"²⁰.

Este fenómeno se registra en casi todos los países europeos, donde se han producido en estos años procesos de desautorización de los poderes de los parlamentos, pero también de los consejos asamblearios territoriales y de las autonomías de cualquier tipo²¹ y un correlativo fortalecimiento de los ejecutivos y de los jefes de los ejecutivos como premisas y condiciones de *políticas antisociales*, es decir de desestructuración de los derechos sociales, que están influidas en cualquier caso por lógicas financieras que vinculan a los propios eje-

¹⁸ L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 158. Sobre estas líneas de tendencia, véase también P. MERCADO PACHECO, "Derechos y orden económico: reflexiones sobre la 'constitución económica'" en J. BETEGON *et alii*, *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 854-873.

¹⁹ Sobre este aspecto: S.-I. G. KOUTNATZIS, "Social Rights as Constitutional Compromise: Lessons from Comparative Experience", *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 44, 2005, pp. 74-133.

²⁰ Cfr. L. GALLINO, *Globalizzazione e disuguaglianze*, Laterza, Roma-Bari, 2009; *Id.*, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011. Para una posible inversión de tendencia: TH. PIKETTY, *Le capital au 21. siecle*, Seuil, París, 2013; A.B. ATKINSON, *Inequality. What Can Be Done?*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2015.

²¹ S. TROILO, "Il declino del valore delle autonomie locali: una tendenza non solo italiana" en B. PEZZINI, S. TROILO (coords.), *Il valore delle autonomie*, cit., pp. 209-217.

cutivos²². Además de a nuevas formas de legitimación tecnocrática, estos procesos llevan –paradójicamente– a nuevas formas de consenso plebiscitario²³.

En este escenario –del que normalmente los debates políticos no definen las causas–, es posible identificar al menos cuatro directrices de profundización de la controvertida²⁴ cuestión de los derechos sociales:

- a. la articulación de argumentaciones que abordan las *clásicas cuestiones teóricas* que, desde hace al menos un siglo, conciernen al estatuto de los derechos sociales, a su *fundamento*, a su *reconocimiento normativo* y a su *efectividad* sobre el plano político, a su *justiciabilidad*, es decir, a la posibilidad de hacerlos valer en una sede judicial²⁵;
- b. la identificación de los sujetos y/o de los grupos que reivindican la plena actuación de derechos sociales con referencia a diferentes *bienes* (comida/alimentos de base, alojamiento, educación, medicamentos esenciales, etcétera), recorriendo vías de investigación sociológico-jurídica pero también iusfilosófica que abordan las problemáticas de los *bienes públicos fundamentales*²⁶ (*bienes comunes*, según una acepción fecunda, que sin embargo corre el riesgo de convertirse en excesivamente comprensiva y holística²⁷) y, den-

²² Véanse, a este respecto, las anotaciones críticas incluidas en el artículo de este número de G. BISOGNI.

²³ El desplazamiento de poder del parlamento al poder ejecutivo; la pérdida de centralidad de los partidos, ya no interlocutores primarios de la administración política (que en cambio responde a particulares intereses económico-financieros); los medios de comunicación de masas, y no la escuela o la universidad, como lugar de la hegemonía cultural, marcan el declive de la democracia y la consolidación de tendencias autoritarias. Este tipo de resultado –que refleja el modelo neoliberal (para una descripción eficaz del mismo, véase D. HARVEY, *A Brief History of Neoliberalism*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 2005)–, ya fue perfilado, de alguna manera, por N. POULANTZAS en *L'État, le pouvoir, le socialisme* (1978), *Les prairies ordinaires*, París, 2013.

²⁴ Cfr. J.M. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, “Los derechos sociales: unos derechos controvertidos” en V. ZAPATERO GÓMEZ, M. I. GARRIDO (coords.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, cit., pp. 89-112.

²⁵ Véase, entre otros, P. BIANCHI (coord.), *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte costituzionale*, Edizioni Plus, Pisa, 2006.

²⁶ Sobre cómo la categoría de “bien público” constituye una de las modalidades jurídicas que admiten los derechos sociales, véase F. LA PORTA, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema” en VV. AA., *Constitución y derechos fundamentales*, cit., p. 300.

²⁷ Cfr. U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2001 y, *contra*, E. VITALE, *Contro i beni comuni. Per una critica illuministica*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

- tro de este horizonte, la posibilidad de definir ‘nuevos derechos sociales’;
- c. la reflexión sobre los *perfiles institucionales* y sobre el papel de los públicos poderes que deberían asegurar la tutela y la garantía de los derechos sociales –o, como ya se ha difundido en cierta literatura, sus “niveles esenciales” (niveles esenciales de asistencia socioasistencial)²⁸– y que, en realidad, cada vez más a menudo van teniendo en cuenta criterios económicos y de balance;
 - d. las propuestas de superación y/o las alternativas a la lógica y al funcionamiento de los derechos sociales que pueden ir de la definición de un “mínimo vital” a la justificación del *basic income* (“ingreso ciudadano”).

Todas estas cuestiones remiten al debate –siempre controvertido– sobre las transformaciones del llamado “Estado social” (o “Estado del bienestar”, *Welfare State*)²⁹ o, mejor, del “Estado democrático social” (como pienso que es preferible llamarlo a la luz de la doble acepción mencionada anteriormente –asistencia y promoción– que retomaremos en la parte final de estas argumentaciones).

²⁸ En Italia, el tema de los niveles esenciales referentes a las prestaciones de los usuarios de los servicios sociales (LIVEAS), entró en materia de la asistencia social con la *L. 8 novembre 2000, n. 328, Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, que supuso un acontecimiento histórico: por primera vez, se emitía una ley orgánica nacional que ponía orden en el sector de los servicios sociales. En 2001, esta idea también entró a formar parte de la Constitución italiana que, en la versión reformada del artículo 117, apartado 2, letra m, afirma que el Estado tiene la potestad legislativa exclusiva en lo que se refiere a la “*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*”. Con esta norma, el legislador pretende garantizar un nivel de igualdad en el disfrute de los derechos sociales (y civiles) en todo el territorio nacional, definiendo a las Regiones la definición de las modalidades de organización de los servicios y la posibilidad de proporcionar niveles adicionales de asistencia (A. GUALDANI, “LIVEAS [*Livelli essenziali di assistenza sociale*]”, *Aggiornamenti sociali*, núms. 9-10, 2011, pp. 624-627).

²⁹ B. GONZÁLEZ MORENO, *El Estado social: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002; E. BEA PÉREZ, “Los derechos sociales y el Estado de bienestar”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1993, pp. 111-133. Para un análisis histórico-conceptual: C. DE BONI (coord.), *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo*, 2 vols., Firenze University Press, Florencia, 2007; para un examen exhaustivo del escenario presente: S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, Bolonia, 2013. Véase, también, S. GAMBINO, “Derechos fundamentales y formas de Estado: reflexiones comparadas sobre el constitucionalismo y los derechos sociales en los albores del siglo XXI”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 117, 2002, pp. 9-34.

El debate *teórico* actual (a), que aquí solo se esboza³⁰, vuelve a proponer, con argumentos algunas veces sofisticados, algunos puntos clave clásicos: argumentaciones ya consolidadas sobre la justificación de los derechos sociales (mediante la referencia al concepto de igualdad, de dignidad humana, o al mismo tiempo al de solidaridad e igualdad sustancial); contraposiciones entre perspectivas “compatibilistas” y perspectivas “conflictivistas” (recurriendo a la caracterización de los derechos sociales como “derechos de prestación”, entendidos como aquellos derechos que exigen la actuación de “*tecniche o politiche attive volte ad assicurare agli individui la soddisfazione di necessità fondamentali che essi sono incapaci di soddisfare con i propri mezzi*”, distintos *pertanto dai “diritti di autonomia”*³¹). De manera más general, se proponen argumentos a favor de un relanzamiento de los derechos sociales o de su definitiva devaluación (a menudo aprovechándose del argumento de su *coste*³²). Como observa Silvia Zullo, en su contribución en este número “*gli argomenti più ricorrenti atti a screditare lo statuto dei diritti sociali tend[on]o a confondere l’aspetto strutturale, riconducibile alla loro matrice normativa, con la definizione di tali diritti che principalmente gravita attorno alla questione del loro essere collegati ad un obbligo non chiaramente definito che li rende diritti ‘non giustiziabili’, riproponendo, su asserite differenze strutturali, il tentativo di ripristinare una gerarchia assiologica tra diritti di libertà e diritti sociali’*”³³.

³⁰ Véase, con referencia a la bibliografía italiana, M. COSSUTTA, *Diritti fondamentali e diritti sociali*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2012; S. ZULLO, *La dimensione normativa dei diritti sociali*, Giappichelli, Turín, 2013; G. PINO, *Diritti sociali. Analisi teorica di alcuni luoghi comuni*, Relazione presentata al SPS workshop su *Diritti sociali, veri diritti? Un confronto tra teoria del diritto e scienza politica* (Dip. di Scienze sociales e politiche - Univ. “Statale” di Milano, 15 de abril de 2014).

³¹ Además de la contribución de Pino, véanse al respecto las reflexiones de F. J. ANSUATEGUI ROIG, *Rivendicando i diritti sociali*, cit., pp. 19, 21. Sobre la construcción de los derechos de prestación como “derechos condicionados”, véase, por último, C. SALAZAR, “Crisi economica e diritti fondamentali”, *Rassegna parlamentare*, núm. 4, 2013, pp. 785-833.

³² Se trata del “argumento económico” del que habla ANSUATEGUI ROIG basándose en las célebres tesis de S. HOLMES, C. SUNSTEIN (*The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, WW. Norton & Company, Londres-Nueva York, 1999): *Rivendicando diritti sociali*, cit., pp. 24-27.

³³ Zullo remite a C. COURTIS, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social” en M. CARBONELL SANCHEZ (eds.), *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, pp. 185-212. Sobre estas problemáticas: G. PISARELLO, A. GARCÍA MORALES, A. OLIVAS DÍAZ (eds.), *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009.

En el plano de la *ciencia política e institucional* (c) –como ha mostrado recientemente Maurizio Ferrera³⁴– en torno a los derechos sociales se juega la “*competizione tra attori portatori di interessi in regime di risorse scarse*” (allí donde los ‘intereses’ son entendidos, weberianamente, bien como *instancias materiales*, bien como *ideales*). Aquí se entrelazan tanto la cuestión de la *efectividad* con el tema de la “sostenibilidad del welfare en época de crisis”, como la de la definición de algunos “niveles esenciales” de garantía para la tutela de los mismos derechos sociales, a partir de los cuales se desarrollan controversias inéditas en la relación, por ejemplo, entre Estado nacional y entes regionales y territoriales. Se trata de definir, en fin, el contenido de los derechos sociales o, mejor dicho, el umbral (*threshold*) dentro del cual satisfacer o garantizar bienes como la salud, la educación, la asistencia y la previsión social.³⁵

Otro perfil (d) que, también en este caso, solo se esboza, se refiere a las propuestas alternativas y de superación de los derechos sociales (y de las formas jurídico-constitucionales generadas por estos) que a menudo giran en torno a las teorías del *basic income* o “renta mínima garantizada” (o “ingreso ciudadano”³⁶). Aunque varios sean los posibles progenitores de esta idea, es a partir de los años setenta del siglo XX y con mayor intensidad en el debate de las dos últimas décadas cuando este instrumento es señalado como pilar de una nueva ordenación institucional. Puntos de referencia son aquí, principalmente, las tesis de Philippe Van Parijs, a las que se vinculan, por algunos sentidos, las consideraciones afines de Ferrajoli, desarrolladas a partir de las tensiones incluidas en la idea de ciudadanía, y las de Rodotà, que augurando

³⁴ M. FERRERA, *Teoria empirica della politica e diritti sociali: alcune note*, relazione presentata al SPS workshop su *Diritti sociali, veri diritti?*, cit.

³⁵ Cfr. E. ROSSI, “La sostenibilità del welfare al tempo della crisi. Una proposta”, *Diritto e società*, núm. 1, 2014, pp. 1-18; B. PEZZINI (coord.), *Diritti sociali tra uniformità e differenziazione: legislazione e politiche regionali in materia di pari opportunità, previdenza e lavoro dopo la riforma del titolo V*, Giuffrè, Milán, 2005.

³⁶ Para un cuadro de la amplia bibliografía sobre el ingreso ciudadano, partiendo de las más antiguas, me permito remitir a mi *I diritti sociali*, cit., cap. III. Véanse, además, D. RAVENTÓS (coord.), *La Renta Básica. Por una ciudadanía más libre, más igualitaria y más fraterna*, Ariel, Barcelona, 2001; G. PISARELLO, A. DE CABO (coords.), *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Trotta, Madrid, 2006; D. CASASSAS, D. RAVENTÓS, *La renta básica en la era de las grandes desigualdades*, Montesinos, Barcelona, 2011; G. BRONZINI, *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e per l'Europa*, Gruppo Abele, Torino, 2011; M.C. MURRAY, C. PATEMAN (eds.), *Basic Income Worldwide: Horizons of Reform*, Palgrave Macmillan, Basingstoke-Nueva York, 2012.

la superación del potencial conflicto entre retribución e ingreso garantizado, apunta a la garantía de un “derecho a la existencia”³⁷.

En estos casos, lo que parece tener lugar en un segundo plano, o incluso parece eludirse, es el *vínculo social*³⁸ que está en la base de la ciudadanía y del espacio público democrático, lo que permite que no estén *solos* ante las diversas formas de vulnerabilidad. Y si el sistema de los derechos (indivisibles e interdependientes) constituye un conjunto de “instrumentos contra la vulnerabilidad”³⁹, contra la exclusión que deriva, de hecho, del estar solos, este tipo de propuestas, más que proporcionar espacios de efectiva tutela y garantía para las diversas necesidades⁴⁰, parecen secundar las lógicas mercantiles y monetarias de la *ideología* liberalista y neoliberal⁴¹.

3. NUEVOS DERECHOS SOCIALES *IN ESSERE* E *IN FIERI*: CASOS Y CONTEXTOS DE REIVINDICACIÓN

Planteando, en cambio, el perfil que más interesa en este trabajo, es decir, la identificación de los sujetos y/o los grupos que reivindican la plena actuación de derechos sociales con referencia a diversos *bienes*, es necesario puntualizar problemáticas específicas respecto a la cuestión de los *bienes públicos fundamentales*, y a la posibilidad de definir ‘nuevos derechos sociales’ (b). Puede ser conveniente, a tal fin, hacer referencia a dos casos concretos y a dos contextos diferentes.

Respecto al surgimiento de nuevas instancias de tutela, el desarrollo tecnológico ha tenido desde siempre una influencia relevante. Esto es así para el *derecho de acceso a internet*, sobre el que estudios doctrinarios recientes han

³⁷ Cfr. L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., pp. 218-220, y S. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., p. 80. Este último remite a: C. TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Giappichelli, Turín, 2013; G. PISANI, *Le ragioni del reddito di esistenza universale*, Ombre corte, Verona, 2014; G. PERAZZOLI, *Contro la miseria. Viaggio nell'Europa del nuovo welfare*, Laterza, Roma-Bari, 2014. De RODOTÀ véase también *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, en part. el cap. IX “Il diritto all'esistenza” (pp. 232-249).

³⁸ M. J. ANÓN ROIG, “La contribución de los derechos sociales al vínculo social” en VV. AA., *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 11-27.

³⁹ Así F. J. ANSUATEGÜI ROIG, *Rivendicando i diritti sociali*, cit., p. 43.

⁴⁰ Para un análisis de los límites de la propuesta del *basic income*, entendido como propuesta de sistema y alternativa al sistema de los derechos y los servicios sociales, remito a TH. CASADEI, *I diritti sociali*, cit., cap. 3.

⁴¹ Cfr. G. PECES BARBA, *Diritti sociali: origini e concetto*, cit.

dirigido la atención⁴², afirmando la existencia de un auténtico “derecho a prestaciones públicas”, garantizadas a todos, que deben asegurar, incluso a quien carece de medios y, por tanto, incluso a través de intervenciones económicas, una adecuada alfabetización informática y el acceso a la red. Esto último se identifica como condición irrenunciable para un ejercicio efectivo de los derechos de ciudadanía. Estaríamos en presencia de un “derecho fundamental” en tanto instrumental para el disfrute de otros derechos (por ejemplo, la libertad de manifestación del pensamiento) y necesario para garantizar el pleno desarrollo de la personalidad y la efectiva participación de todos en la vida social. La brecha digital (*digital divide*) se configura, por tanto, como una nueva forma de *vulnerabilidad* y de *desigualdad* a las que hacer frente mediante el lenguaje de los derechos sociales y con consiguientes disposiciones legislativas (en el seno de un constitucionalismo, es decir, de un Estado, democrático y social).

La legislación ordinaria italiana, como ha señalado oportunamente Simone Scagliarini⁴³, ofrece algunos ejemplos de actuación de este derecho. En concreto, la ley 4/2004 “Disposizioni per favorire l’accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici”, se abre con el reconocimiento de un general “diritto di ogni persona ad accedere a tutte le fonti di informazione e ai relativi servizi, ivi compresi quelli che si articolano attraverso gli strumenti informatici e telematici” para garantizar después, en concreto, el derecho de acceso a los servicios informáticos a las personas con discapacidad⁴⁴ “in ottemperanza al principio di uguaglianza ai sensi dell’art. 3 della Costituzione”. Pero para la implementación de tal derecho hacen falta también agendas di-

⁴² Véase M. PIETRANGELO (coord.), *Il diritto di accesso ad internet*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2011. Cfr. P. LÓPEZ LÓPEZ, T. SAMEK, “Inclusión digital: un nuevo derecho humano”, *Educación y Biblioteca*, núm. 172, 2009, pp. 114-118.

⁴³ S. SCAGLIARINI, “Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale”, *Gruppo di Pisa*, núm. 1, 2012, pp. 1-59: <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/05/trapaniscagliarini.pdf>, del que extraigo algunas de las consideraciones desarrolladas sobre los dos casos analizados. Cfr. Id., “L’incessante dinamica della vita moderna’. I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale” en E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (coords.), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2013, pp. 235-282.

⁴⁴ Para una exposición puntual de los derechos de las personas con discapacidad como “derechos humanos”: P. CUENCA GÓMEZ, “Discapacidad y privación de la libertad”, *Derechos y Libertades*, núm. 32, 2015, pp. 164-204. Sobre los perfiles que tienen que ver con el nivel territorial, puede verse G. ARCONZO, “L’inclusione delle persone con disabilità: considerazioni preliminari ad uno studio sul ruolo delle autonomie nella tutela dei diritti sociali” en B. PEZZINI, S. TROILO (coords.), *Il valore delle autonomie*, cit., pp. 229-236.

giales de escala nacional y territorial (en el caso de Italia, sobre base regional) y, a nivel local, acciones positivas en el plano de la alfabetización.

Un derecho social completamente nuevo, también respecto al derecho internacional, puede ser considerado entonces, planteando un según ejemplo, el llamado *derecho al agua*, del cual ha supuesto la existencia, entre otros, Danilo Zolo, reclamando su positivización en el texto constitucional⁴⁵. Se trata, en esencia, del derecho de todo individuo a poder acceder libre y adecuadamente al agua para uso alimentario e higiénico, sin obstáculos de orden económico que hagan imposible su disfrute.

Tomando en consideración la innegable condición de insustituibilidad del bien en cuestión para la propia supervivencia, el derecho al agua se obtiene, *en vía interpretativa*, del *derecho a la vida*, que es evidentemente instrumental, y del –clásico– *derecho social a la salud*⁴⁶, de manera que, en el contexto italiano, gracias a lo dispuesto en los artículos 2, 3 apartado 2 y 32 de la Constitución, ya podría ser reconocido como un derecho fundamental. En cuanto a la naturaleza de esta situación subjetiva, se trata de un derecho de gran *valor social*, porque se compone de una pretensión al acceso a un bien dirigido a satisfacer una necesidad primaria que el Estado ha llamado a garantizar y que, como en otras situaciones subjetivas relacionables con la tutela de la salud, reviste un carácter *universal* que supone, además de una situación subjetiva⁴⁷, un interés de la colectividad.

El recurso hídrico, por lo tanto, por su condición de insustituible para la vida misma, y por tanto por el hecho de ser el presupuesto para una garantía efectiva de todo derecho de libertad, pertenece a la categoría de bienes que, incluso en una ordenación social inspirada por el libre mercado, debería seguir siendo objeto de *propiedad común*, con el objeto de sustraerla a la disponibilidad de los poderes públicos y privados⁴⁸.

En esta perspectiva, entonces, el caso del agua, que surge hoy como objeto de reivindicación de un “nuevo derecho” por su escasez y la desigual

⁴⁵ D. ZOLO, “Il diritto all’acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese”, *Diritto pubblico*, núm. 1, 2005, pp. 125-142.

⁴⁶ Sobre este aspecto: J. M. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, *Derechos y libertades*, núm. 14, 2006, pp. 129-150; S. ZULLO, *Eguaglianza e politiche egualitarie: il caso del diritto alla salute*, Archetipolibri-Clueb, Bolonia, 2012.

⁴⁷ Cfr. R. G. MANRIQUE, “Los derechos sociales como derechos subjetivos”, *Derecho y Libertades*, núm. 23, 2010, pp. 73-105.

⁴⁸ Sobre este aspecto insiste S. RODOTÀ, “Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria”, *Questione giustizia*, núm. 5, 2011, pp. 237-247, en part. p. 240.

distribución, podría convertirse en un ejemplo paradigmático de una tutela más amplia. A través del mecanismo de los derechos sociales, se podría admitir el acceso universal a aquellos bienes que, por su instrumentalidad respecto al disfrute de los derechos fundamentales, deben ser sustraídos al mercado y convertirlos en accesibles para todos. De manera significativa, este tipo de innovaciones de gran importancia provienen de lo que puede definirse como el *constitucionalismo de tercera generación*, que se ha desarrollado en algunos países de América Latina⁴⁹: Uruguay –solo por poner un ejemplo– sitúa el “derecho al agua” en el artículo 3 de su Carta constitucional.

En este sentido, se ha evidenciado oportunamente⁵⁰, sólo una sociedad mixta –abierta, sí, al mercado pero que asegure la propiedad común o colectiva de determinados bienes primarios– puede realmente garantizar las libertades y ello tratando precisamente de que no queden excluidos del acceso a esos bienes aquellos que no disponen de recursos para poder encontrarlos en el mercado.

Estas últimas reflexiones llevan la cuestión de la relación entre derechos sociales, instituciones y, también con referencia a las posibles controversias, órganos enjuiciadores, a cruzarse con la de los “niveles” de tutela de los derechos fundamentales.

La tutela de los derechos fundamentales (dentro de los que podemos incluir a pleno título los derechos sociales, incluso los “nuevos” o “in fieri”) resulta de una serie de previsiones a varios “niveles”, que imponen una comparación con los ordenamientos europeos (Consejo de Europa/Unión Europea)⁵¹, además de con normativas y perfiles administrativos de carácter territorial; esto, por un lado, “complejiza” el panorama de garantía, exponiéndose a posibles incongruencias pero, por otro lado, constituye, también, una buena ocasión para colmar posibles “vacíos” de la tutela constitucional mediante el “espacio jurídico europeo”⁵².

⁴⁹ Cfr. S. BAGNI (coord.), *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latinoamericano*, Filodiritto, Bologna, 2013.

⁵⁰ En concreto por E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà. L'incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 197-207.

⁵¹ Cfr. E. MALFATTI, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Turin, 2012.

⁵² Cfr. P. DI LUCIA, “Come disfare una norma: incompletezza, incompiutezza, inadempitezza” en M. COSSUTTA (coord.), *Diritti fondamentali e diritti sociali*, cit., pp. 67-80.

A este nivel se sitúan, por otra parte, algunas recientes propuestas de relanzamiento del potencial político en lo referente a la legislación en contra de los “mercados financieros desvinculados”, con el objetivo de llevar a Europa dentro de un “espacio democrático y social”⁵³: lo que constituía el deseo de la Carta de Niza⁵⁴ y del Tratado de Lisboa, y de todos aquellos que, como los federalistas europeos, aún apuestan por una Asamblea Constituyente⁵⁵.

La cuestión decisiva no es, entonces, abandonar el discurso sobre los derechos sociales, sino volver a pensarlo a partir de pluralismo de los diferentes sujetos que reivindican tutelas y garantías efectivas respecto a los bienes fundamentales (también “nuevos”, como hemos visto con el acceso a la red y al agua) y, como se verá mejor ahora, a partir de una forma de constitucionalismo *social* y *multinivel*, que puede ser cosmopolita y, al mismo tiempo, articularse a escala nacional y territorial. Un aspecto significativo es cómo los nuevos derechos sociales señalados sean el resultado de instancias de reivindicación “desde abajo”, arraigadas en contextos específicos, pero al mismo tiempo reconocidas en varias partes del mundo (y, por tanto, “reiterables” y “universalizables”⁵⁶), compartidas en diversas latitudes por las organizaciones que luchan por el pleno reconocimiento de los derechos para las personas con discapacidad y por los movimientos por los bienes comunes.

⁵³ A. FERRARA, “La democrazia e il potere assoluto dei mercati finanziari disancorati” (pp. 7-26), H. BRUNKORST, “La crisi del potere legislativo in Europa” (pp. 27-42), P. DARDOT, C. LAVAL, “L’Europa ‘fuori democrazia’” (pp. 43-60), *Politica e società*, núm. 1, 2015.

⁵⁴ A. FERNÁNDEZ TOMÁS, *La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; VV. AA., *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Il Mulino, Bolonia, 2001; G. F. FERRARI (coord.), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, Milán, 2001; A. J. MENÉNDEZ, *The Chartering of Europe. The European Charter of Fundamental Rights and its Constitutional Implications*, Nomos, Baden-Baden, 2003; *Id.*, “La linfa della pace: i diritti di solidarietà nella Carta dei diritti dell’Unione europea”, *Diritto e Questioni Pubbliche*, núm. 4, 2004, pp. 95-215.

⁵⁵ En este grupo debe incluirse también L. FERRAJOLI: *La democrazia attraverso i diritti*, cit., pp. 187-194.

⁵⁶ Sobre este punto, permítaseme remitir a TH. CASADEI, “Soggetti in contesto: vulnerabilità e diritti umani” en *Id.* (coord.), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Trasformazioni, aporie, violazioni*, Giappichelli, Turín, 2012, pp. 90-116, en part. pp. 113-114.

4. EL ENFOQUE MULTINIVEL: ENTRE TEORÍA Y PRAXIS, ENTRE DERECHO Y ACCIÓN POLÍTICA

Por lo que se ha intentado ilustrar a lo largo de esta exposición, debería resultar claro que el reconocimiento de los derechos sociales como “derechos fundamentales” parece un supuesto necesario para ir al encuentro, en un primer nivel (el de la asistencia y el apoyo), de las *necesidades* concretas de las personas⁵⁷, y luego de ese *pluralismo* que se traduce en la pluralidad de las exigencias y condiciones efectivas de los sujetos individuales. En un segundo nivel (que ha sido definitivo en la “fabricación” del ciudadano activo), ese reconocimiento permitiría la realización de los diferentes proyectos de vida que cada individuo podría querer perseguir, si tuviese la *capacidad*, dentro del más amplio espacio político-institucional⁵⁸.

Cumplir uno de los objetivos de algunos sectores de la actual reflexión pública, es decir, “pensar el tiempo de las diferencias sin discriminaciones”⁵⁹, pensar el pluralismo (cultural, de género, de los valores y de los estilos de vida) en una perspectiva positiva, parece arduo sin el reconocimiento, teórico y práctico, de la naturaleza “bifronte” de los derechos sociales: el *apoyo* a las necesidades y la *habilidad* para el “florecimiento” de las personas (siguiendo los principios normativos de la igualdad y la dignidad⁶⁰); sin la su-

⁵⁷ Sobre la relación entre derechos sociales y teoría de las necesidades (*basic needs*), véase la contribución en este número de S. ZULLO.

⁵⁸ Sobre cómo tutelar esas capacidades mediante el nivel jurisdiccional, también respecto al legislador, véase la contribución de G. BISOGNI, además de, más en general, G. BISOGNI, “Profilo storico-concettuale della giurisdizione moderna”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 16, 2011, pp. 35-62.

⁵⁹ Cfr. T. PITCH, *Diritti fondamentali: differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*, Giappichelli, Turín, 2004; O. DE LEONARDIS, “Diritti, differenze e capacità. Sulla giustizia come processo sociale”, *Democrazia e diritto*, núms. 5-6, 1991, pp. 197-218; A. D’ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit. (donde se ilustran premisas e implicaciones de un “modelo ‘fuerte’ de igualdad diferenciada” como respuesta a la “‘diferenciación’ de las tutelas”); M. CARBONELL, J. A. CRUZ PARCERO, R. VÁZQUEZ (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, cit.

⁶⁰ Bajo este perfil, ha encajado muy bien la conexión entre derechos sociales y “política del reconocimiento” en las sociedades multiculturales C. SALAZAR: *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, cit., pp. 25-31. Cfr. M. CALVO GARCÍA, “La implementación y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales” en V. ZAPATERO, M. I. GARRIDO GÓMEZ (coords.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, cit., pp. 201-230. Subraya cómo los derechos sociales son “derechos habilitadores”, Rodotà “confermando una linea ricostruttiva necessariamente fondata sulla connessione tra i principi e l’indivisibilità dei diritti” (S. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., p. 82).

peración de su “minoría”⁶¹, en concreto respecto a los derechos de libertad; en fin, sin una estrategia global que los libre de ser víctimas sacrificiales de los procesos deconstituyentes en curso y cada vez más generalizados: a escala *nacional, europea, global*⁶², con fuertes repercusiones –no debe olvidarse– sobre los contextos urbanos y territoriales, al nivel de las ciudades y de los servicios públicos locales⁶³.

Tal estrategia pasa por la construcción y el mantenimiento del “sistema de los derechos” en los espacios –de encuentro, de interacción, es decir, de *cooperación y conflicto*– de la democracia, dentro de una relación entre los ciudadanos y las instituciones que se desarrolle en los términos de “co-esencialidad” entre “las esferas autónomas de actividad individual” y la “esfera de actividad pública”, tomando prestadas algunas expresiones de Lelio Basso⁶⁴.

Esta es la vía que intentó señalar el abogado y padre constituyente, el socialista y “militante di specie diversa”, defensor al mismo tiempo de los *derechos de la persona* y de los *derechos de los pueblos*.

Él, capaz de pensar la teoría y de actuar en las instituciones, estuvo entre los artífices de la Constitución republicana y democrática italiana (suya es la redacción del artículo 3 sobre el principio de igualdad y la discrepancia frente cualquier forma de discriminación⁶⁵): la entendía como “porta aperta verso trasformazioni che verranno” y como vehículo hacia la realización de una democracia no puramente formal, sino *sustancial*, es decir, *popular y social*. Las iniciativas políticas e institucionales de Basso siempre se desarrollaron en el intento de fondo de hacer del derecho un instrumento de crecimiento

⁶¹ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., p. 116. Sobre la distinción entre derechos de libertad y derechos sociales: A. RUIZ MIGUEL, “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa*, núms. 15-16, 1994, pp. 651-674. Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Turín, 1990, p. 13, *Id.*, “Sui diritti sociali” en *Teoria generale della politica*, a cargo de M. Bovero, Einaudi, Turín, 1999, pp. 458-466.

⁶² Esta es la tripartición sugerida por L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., pp. 158-176. De “desconstitucionalización” habla también S. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit. p. 79.

⁶³ Debería abrirse aquí un discurso sobre el “derecho a la ciudad” que, en este trabajo, no puede desarrollarse. Para la primera formulación de esta idea: H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città* (1970), Ombre corte, Verona, 2014 (edición en castellano: *El derecho a la ciudad*, prólogo de M. Gaviria, Península, Barcelona, 1975) al que remite, entre otros, D. HARVEY: *Il capitalismo contro il diritto alla città. Neoliberalismo, urbanizzazione, resistenze*, Ombre corte, Verona, 2012.

⁶⁴ L. BASSO, *Il principe senza scettro*, Feltrinelli, Milán, 1958, p. 188.

⁶⁵ C. GIORGI, “La fantasia giuridica del costituente: Lelio Basso e il secondo comma dell’articolo 3” en *Id.* (coord.), *Il progetto costituzionale dell’eguaglianza*, Ediesse, Roma, 2014, pp. 53-70.

colectivo y en la convicción del fuerte vínculo existente entre ordenamiento jurídico y conciencia social, ámbitos estos últimos, en su opinión, capaces de continuas contaminaciones recíprocas⁶⁶.

Pero Basso fue también un intelectual internacionalista, infatigablemente comprometido con la afirmación de los derechos humanos y de los derechos de los pueblos, en los que situaba firmemente también los derechos sociales, como demuestra la intensa actividad que llevó a la redacción y proclamación de la Carta de Argel (1976) y después a la constitución del Tribunal permanente de los pueblos (1979)⁶⁷.

Los derechos, y su autoridad, también representaban para él, además del elemento propulsor y de cambio de la vida colectiva, la figura del límite a la libertad de los individuos-ciudadanos, configurando de manera paradigmática la “capacidad regulativa del derecho” que hoy debería hacer frente a las emergencias planetarias y a todas las formas de desigualdad, haciendo posibles, además, prácticas de justicia efectiva en cualquier contexto.

Asumiendo esta perspectiva, la puesta en juego parece ser –considerados también los escenarios actuales y la *interdependencia* cada vez más estrecha entre los países del mundo (la llamada “globalización”)– la preponderancia de una visión social e institucional que reconozca y valore los derechos sociales en la esfera de los poderes públicos (según una consolidada tradición constitucionalista, puesta en discusión de modo recurrente). La alternativa es la preponderancia de una visión que tiende a “oscurecer” y “eliminar” la relevancia social de los derechos y las relaciones⁶⁸, además del vínculo so-

⁶⁶ *Ibid.*, p. 196. Cfr. M. SALVATI, C. GIORGI, “Guida alla lettura” en L. BASSO, *Scritti scelti. Frammenti di un percorso politico e intellettuale [1903-1978]*, a cargo de M. Salvati, C. Giorgi, Carocci, Roma, 2003, pp. 11-32 (p. 26). Para una visión de conjunto de esta figura tan original: C. GIORGI, *Un socialista del Novecento. Uguaglianza, libertà e diritti nel percorso di Lelio Basso*, Carocci, Roma, 2015. Sobre el concepto de democracia sustancial en relación con los derechos fundamentales: L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 18-22.

⁶⁷ Sobre estos perfiles: VV. AA., *Lelio Basso e le culture dei diritti*, Carocci, Roma, 2000. Cfr., también, G. AMATO (coord.), *Marxismo, democrazia e diritto dei popoli. Scritti in onore di Lelio Basso*, Franco Angeli, Milán, 1979; F. RIGAUX, *I diritti dei popoli e la Carta di Algeri*, Gruppo Abele, Turín, 2012.

⁶⁸ Cfr. E. LONGO, “Le relazioni come fattore costitutivo dei diritti sociali”, *Diritto e società*, núm. 1, 2014, pp. 71-102, que desarrolla un “enfoque relacional” centrado en la “solidaridad” y un nuevo nexo “derechos-deberes”. A estas conclusiones llegan las reflexiones de S. ZULLO que asigna a la “*corrispondenza bilanciata dell’esser al contempo cittadini titolari di diritti e portatori di doveri*” el buen funcionamiento de un “sistema democrático participativo”. La ruptura del nexo entre individuo y esfera de la ciudadanía es uno de los mayores riesgos de la

cial que está en la base de la ciudadanía, y a concebir las relaciones como intercambios privados entre individuos “puros” en la esfera del mercado, nacional e internacional, pero también en las nuevas esferas ciudadanas, donde la competencia entre ordenaciones y servicios privados se abre camino en detrimento de los servicios públicos locales. La globalización es, desde este punto de vista, una colonización de dimensiones de la política, así como de la subjetividad, por parte de la economía de mercado, que es, antes que cualquier otra cosa, una modalidad específica de creación y organización del mundo y las conductas de vida.

Para reafirmar el sentido y la importancia, el *significado*, de los derechos sociales, lo mejor parece ser volver a partir de los orígenes de su teorización y *constitucionalización* efectiva, mediante procesos “desde abajo”, dentro de los Estados nacionales y en el contexto europeo y global⁶⁹, pero exponiendo de nuevo la función también a nivel local y ciudadano, es decir, territorial.

La idea de fondo es que los derechos sociales son derechos fundamentales y humanos y que para ser *exigibles*⁷⁰ necesitan dos condiciones estructurales: *i*) ser concebidos como “indivisibles” respecto a los otros derechos “fundamentales” (civiles y políticos) e “interdependientes”; *ii*) estar arraigados en un contexto, dentro de un espacio social e institucional, que solo puede ser “multinivel”⁷¹, y en el que el Estado, con sus articulaciones institucionales y territoriales, aún puede ejercer un papel decisivo, como regulador general

actual configuración societaria, como muy bien muestra I. POSSENTI, “Individui o cittadini? Flexicurity e diritti sociali nel contesto comunitario” en M. COSSUTTA (coord.), *Diritti fondamentali e diritti sociali*, cit., pp. 135-145. De la misma autora, véase también *Flessibilità. Retoriche e politiche di una condizione contemporanea*, Ombre corte, Verona, 2012.

⁶⁹ Sobre las relaciones entre constitucionalismo y globalización, remito a E. PACIOTTI (coord.), *Diritti umani e costituzionalismo globale*, Carocci, Roma, 2011 (en part. las contribuciones de M. R. FERRARESE, L. FERRAJOLI y M. FIORAVANTI).

⁷⁰ V. ABRAMOVICH, C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002. Cfr. P. CHIARELLA, “Esistenza, esigibilità e giustiziabilità dei diritti sociali”, *Tigor: rivista di scienze della comunicazione*, núm. 1, 2011, pp. 54-63.

⁷¹ D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e politiche e crisi economica*, exposición en el Congreso anual de la Asociación “Gruppo di Pisa” *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Trapani 8-9 de junio de 2012: <<http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/06/trapanitega.pdf>>. Cfr., también, E. BALBONI (coord.), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Jovene, Nápoles, 2008; J. WISEMAN, “Alternative to Oppressive Globalisation? Thinking and Acting Strategically at Global, Regional, Local and National Levels” en S. MC BRIDE, J. WISEMAN, *Globalisation and its Discontents*, Palgrave MacMillan, Londres, 2000 (trabajo presentado al International Lelio Basso Prize for Economic and Political Alternatives, 1998).

y agente esencial de los derechos mismos⁷². Las políticas de inclusión están particularmente influidas por el contexto particular en el que se desarrollan las relaciones sociales que constituyen, de hecho, el objeto de la regulación.

Bajo este perfil, seguir preguntándose sobre el estatuto conceptual de los derechos sociales, relanzar las finalidades y la eficacia⁷³, también en un escenario supranacional y global, representa la tensión frente a un ideal de organización de las instituciones –sin duda más exigente⁷⁴ que las propuestas del *basic income*–, basado en las causas de la inseguridad social y dirigido, como ha indicado muy eficazmente Robert Castel, tanto a configurar las protecciones sociales⁷⁵, como a asegurar el trabajo y sus condiciones⁷⁶. Preguntarse sobre los bienes y servicios públicos, sobre las formas de la ciudadanía social –desde una perspectiva no individualista y privada– contribuye a reactivar una visión de la protección –y de la solidaridad colectiva– entendida como “condizione basilare affinché tutti possano continuare ad appartenere ad una società di simili”⁷⁷.

Condiciones previas de este recorrido son romper el predominio del *homo oeconomicus* –una de las causas fundamentales del “asedio” a la democracia⁷⁸– y reflexionar, tomando seriamente el pluralismo de las necesidades inherentes a la sociedad, la capacidad política colectiva (mediante partidos políticos, sindicatos, movimientos, redes de ciudadanía activa y compromiso cívico y social). Esto es posible a partir de instrumentos –también jurídico-

⁷² Sobre este último aspecto, que llamó mi atención gracias a Francesco Belvisi, se pueden ver: L. LORELLO, “Ordine giuridico globale e ruolo dello Stato” en F. VIOLA (coord.), *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 175-204. En el mismo volumen, véanse también I. TRUJILLO, “I diritti territoriali dello Stato alla luce della giustizia globale”, E. PARIOTTI, “Verso la legittimazione democratica dell’ordine ultra-statale: alcune premesse concettuali”, L. FERRAJOLI, “Lo Stato costituzionale, la sua crisi e il suo futuro”, respectivamente en las pp. 261-286, 287-308, 309-336. Sobre la nueva responsabilidad social del Estado: S. TROILO, “La solidarietà verticale tra autonomie territoriali ed Unione europea” en B. PEZZINI, C. SACCHETTO (coord.), *Il dovere di solidarietà*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 37-61.

⁷³ Cfr. M.^a J. BERNUZ BENEITEZ, M. CALVO GARCÍA (coords.), *La Eficacia de los Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

⁷⁴ S. SASTRE ARIZA, “Hacia una teoría exigente de derechos sociales”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 112, 2001, pp. 253-270.

⁷⁵ R. CASTEL, *L’insicurezza sociale. Che cosa significa essere protetti* (2003), Einaudi, Turín, 2004.

⁷⁶ Cfr. J.L. REY, *El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Dykinson, Madrid, 2007.

⁷⁷ S. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., p. 82, pp. 84-85.

⁷⁸ M. LALATTA COSTERBOSA, *La democrazia assediata. Saggio sui principi e la loro violazione*, DeriveApprodi, Roma, 2014, en part. pp. 88-99.

institucionales– que proporcionen a todos, en la práctica, el poder de actuar, de reivindicar, de luchar por emanciparse de situaciones de malestar y privación social. Es por tanto la dimensión de los procesos de reivindicación de los derechos, que debe llevarse al centro de la teorización de los derechos humanos, recuperando, como ha sugerido Amartya Sen haciendo propias las argumentaciones de Tom Paine⁷⁹, la instancia social.

En una situación como la actual, “*ove la nuiva lex mercatoria è assunta a Grundnorm internazionale*”, vale una “*restaurazione del ruolo di governo della sfera pubblica e della sua separazione dalla sfera privata contro le tendenze pervasive della seconda rispetto alla prima*”⁸⁰. Sobre la misma amplitud de onda se sitúa Ansuátegui: “*i diritti sociali portano [con loro] la consapevolezza della necessità di soddisfare le esigenze che derivano dai bisogni fondamentali degli individui*” y de la posición que los individuos ocupan en la sociedad “*in relazione ai mezzi materiali della vita, ai mezzi di sussistenza*”. La titularidad de estos derechos ha implicado, en el siglo XX, un vigoroso y realmente preciso proceso de *desmercantilización* y la consiguiente expansión de la democracia y del poder de regulación de los poderes públicos. En el actual contexto de crisis –en el que “*crisis económica*”, “*crisis de los derechos*” (“*especialmente de los derechos de los más débiles*”) y “*crisis de la democracia*” se relacionan–, se asiste, en cambio, a una inversión de ese proceso y a una recuperación de la conexión entre “*derecho*” y “*mercado*”, por el que la capacidad económica individual se vuelve a introducir entre “*los criterios que condicionan el ejercicio de los derechos*”, en detrimento de los principios de igualdad, dignidad y libertad (para todos y todas), es decir, en términos de regulación jurídica, “*el modelo de derecho privado*” en detrimento del “*modelo del derecho social*”⁸¹.

Lo que se hace “*urgente*” es, por tanto, recuperar “*el potencial emancipador y transformador de la realidad*” inherente a los derechos, y en concreto a los derechos sociales, “*generar argumento a su favor*”, pero también

⁷⁹ Cfr. A.K. SEN, “*Rights and Agency*”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 1, 1982, pp. 3-39; *Id.*, “*Legal Rights and Moral Rights: Old Questions and New Problem*”, *Ratio Juris*, IX, núm. 2, 1996, pp. 153-167.

⁸⁰ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., vol. 2, p. 583.

⁸¹ F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Rivendicando i diritti sociali*, cit., respectivamente p. 44, p. 30, p. 47, p. 28, p. 30, p. 31, pp. 11-12. Sobre el nexo entre desmercantilización y derechos sociales: J. L. MONEREO PÉREZ, “*La política social en el Estado de Bienestar: los derechos sociales de ciudadanía como derechos de ‘desmercantilización’*”, *Revista del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 19, 1995, pp. 7-46.

reivindicar su prioridad lógica respecto a la dimensión de los mercados; esto que significa tanto relanzar la idea de un “constitucionalismo social”, como afirmar –pero esto Ansuátegui solo lo insinúa– la “vocación cosmopolita” del propio constitucionalismo.

Esto parece posible introduciendo sistemas de incompatibilidad y vínculos legales a la *lex mercatoria*, es decir, a las nuevas configuraciones del derecho de propiedad⁸². La protección internacional del trabajo, y del derecho del trabajo, podría ser garantizada a través de un “Estatuto mundial de los derechos de los trabajadores”, así como los límites a la autonomía empresarial podrían ser definidos por una “Carta internacional de los bienes fundamentales”. “Una red internacional de agencias de garantía” –interconectadas con el nivel estatal de las instituciones– permitiría “*di avviare il superamento della povertà e la tutela dei beni sociali fondamentali, abbandonando la logica degli aiuti per quella dei diritti*”⁸³.

Sin embargo, todo esto corre el riesgo de permanecer sobre el papel si no se materializa en reivindicaciones y acciones de sujetos concretos, en una escala, al mismo tiempo, local, nacional, transnacional y global, y por tanto, en este caso, “multinivel”. En otras palabras, si el derecho –y el trabajo de los jueces– no va acompañado de una constante y extendida acción política y social (que no puede ser “destilada” o, de alguna manera, “absorbida” y hecha desaparecer en la práctica jurídica).

Los objetivos –y las argumentaciones– de los partidarios de los derechos sociales requieren ser articulados mediante formas de “democratización de la democracia”, por lo que concierne a los espacios (y los ordenamientos) internos al Estado, y traducidos, y contextualizados, en muchas lenguas como sugiere Boaventura de Sousa Santos⁸⁴, para lograr incidir en los espacios (y

⁸² Cfr. C. SALVI (coord.), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Giappichelli, Turín, 2012. Indicios de análisis interesante se incluyen también en P. MERCADO PACHECO, “Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo”, *CEFD-Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2012, pp. 341-372: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/1990/3046>.

⁸³ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., vol. 2, pp. 583-587. Cfr., también para una mirada crítica, L. BACCELLI, “Assiomatizzare i diritti?” en Id. (coord.), *More geometrico. La teoria assiomaticizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Turín, 2012, pp. 37-83, pp. 77-78.

⁸⁴ B. DE SOUSA SANTOS, *Diritto ed emancipazione sociale*, Città aperta, Troina, 2008, p. 56. Extraigo este apunte de L. BACCELLI, *Assiomatizzare i diritti?*, cit., p. 82.

en los ordenamientos) del escenario supranacional y global⁸⁵, además de en los diferentes contextos territoriales.

El “pleno desarrollo de la persona” necesita los principios y las reglas, los procedimientos y las formas del derecho (además de las regulaciones consentidas por la efectividad y justiciabilidad de los derechos, concebidos como “indivisibles”), pero también la sustancia, la carne y la sangre, de sujetos que se movilizan juntos, que entran en conflicto y cooperan en la esfera pública y política, *a todos los niveles posibles*⁸⁶.

THOMAS CASADEI

Dipartimento di Giurisprudenza

Università degli studi di Modena e Reggio Emilia

Via San Geminiano, 3

41121 - Modena, Italia

e-mail: thomas.casadei@unimore.it

⁸⁵ Sobre estos perfiles, entre los muchos estudios sobre el tema: B. CARUSO, “I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)”, *Rassegna di diritto pubblico europeo*, núm. 2, 2008, pp. 11-60; A. ANDREONI, B. VENEZIANI, *Libertà economiche e diritti sociali nell’Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, Ediesse, Roma, 2009; J. MARTÍNEZ DE PISÓN, “Derechos sociales y cohesión global: una educación para todos” en M.^a J. BERNUZ BENEITEZ, M. CALVO GARCÍA (coords.), *La eficacia de los derechos sociales*, cit., pp. 195-220.

⁸⁶ A esta necesidad llega C. PINELLI, “Il discorso sui diritti sociali fra Costituzione e diritto europeo” en C. SALVI (coord.), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, cit., pp. 121-134; *Id.*, “Sulla democratizzazione dei poteri pubblici internazionali” en C. PAPA (coord.), *Vivere la democrazia, costruire la sfera pubblica*, Ediesse, Roma, 2010, pp. 405-415.

PROPUESTA PARA UNA PLENA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES FRENTE AL LEGISLADOR*

BACKING A FULL JUSTICIABILITY OF SOCIAL RIGHTS AGAINST LEGISLATURES

GIOVANNI BISOGNI
Università di Salerno

Fecha de recepción: 28-12-15

Fecha de aceptación: 8-3-16

Resumen: *Este ensayo pretende proporcionar argumentos iusteóricos que permitan ampliar la justiciabilidad de los derechos sociales con respecto al legislador: en concreto, en el caso de omisiones totales y, sobre todo, de recortes presupuestarios generalizados en el Estado social. En primer lugar, ilustraremos los presupuestos histórico-conceptuales de la tesis según la cual las violaciones legislativas de estos derechos solo son controlables parcialmente por los jueces. En segundo lugar, nos ocuparemos de los argumentos contrarios más comunes a la justiciabilidad de los derechos sociales y, específicamente, de una cierta concepción de la separación de poderes, en nombre de la cual una plena garantía jurisdiccional de los derechos sociales llevaría inexorablemente a los jueces a sustituir al legislador. La crítica de esta concepción permitirá, por último, reconstruir de manera diferente las obligaciones legislativas en materia de justicia social y proponer instrumentos procesales concretos para su protección, sin transformar por ello a los jueces en órganos de decisión colectiva.*

Abstract: *The article aims to present legal theoretical arguments in favour of the judicial protection of social rights (the s.c. justiciability) in cases of legislative 'omisiones totales' and spending cuts. The first step consists of showing the historical-conceptual reasons as to why legislative violations of these social rights can be only partially controlled by judges. The second step will deal with*

* Traducción del italiano de Mónica Granell. *Nota del Editor:* Se han mantenido las referencias a las traducciones italianas. En los casos en los que el autor ha manejado traducciones al italiano en obras extranjeras se han mantenido las referencias, aportando la traducción en castellano en el caso en el que existiera.

the most common arguments against the justiciability of social rights and, in particular, on a certain conception of separation of powers, according to which judges' subjecting to scrutiny social rights would take on legislative powers. Through a deep critique of this conception it will be offered an alternative account of the duties that constitutions impose on legislatures in the field of social rights: accordingly, it will be possible to suggest concrete judicial remedies for the protection of social rights without transforming judges in political organs of collective decisions (legislative-like).

Palabras clave: Teoría del Derecho, derechos sociales, justiciabilidad, separación de poderes

Keywords: Theory of Law, social rights, justiciability, separation of powers

INTRODUCCIÓN

La finalidad de esta contribución consiste en proporcionar argumentos iusteóricos que permitan ampliar el nivel de tutela jurisdiccional de los derechos sociales con respecto al legislador, en todos aquellos ordenamientos jurídicos nacionales donde esos derechos estén constitucionalmente reconocidos (de manera explícita o implícita)¹.

Hemos dicho ‘ampliar’, y no ‘elaborar *ex nihilo*’, a propósito. Como se verá mejor posteriormente, desde un punto de vista conceptual, no falta mucho para una plena equiparación entre los derechos civiles ‘tradicionales’ y los derechos sociales. De hecho, tomando prestada la distinción ferrajoliana entre “lagunas” y “antinomias”², la posición de las más importantes jurisprudencias nacionales es la siguiente³: por lo general, las “antinomias” son censurables ante los jueces cuando adoptan la forma de leyes que o suprimen completamente un derecho social, mediante la abrogación de leyes preceden-

¹ Una puntualización. Es bien sabido que los derechos sociales constituyen una categoría bastante amplia y, desgraciadamente, también heterogénea; por lo tanto, este texto se limitará exclusivamente a aquellos derechos para los cuales la etiqueta de “derecho social” es indiscutible: derecho a la salud entendido como derecho a ser tratado por parte del Estado; derecho a la educación entendido como derecho a escuelas y a instituciones universitarias estatales; derecho a la pensión de vejez y de invalidez erogadas por el Estado.

² L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 684-694.

³ Para este cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos sociales frente al legislador, cfr. el valioso informe de C. COURTIS (ed.), *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative experiences of justiciability*, International Commission of Jurists, Geneva, 2008.

tes que lo garantizaban –y se trata, la verdad sea dicha, de una hipótesis más bien remota–, o comprimen (o no reconocen) un derecho social *injustamente a una cierta categoría de beneficiarios*, violando uno de los parámetros más importantes del control de conformidad constitucional de una ley, es decir, el principio de igualdad. La misma posición, en cambio, se mantiene por lo general al considerar irremediables, o poco remediables, las “lagunas” –de las cuales solo puede encargarse el legislador– y, sobre todo, algunas formas de “antinomia” que violan los derechos sociales de manera sutil, actuando no sobre sus elementos constitutivos, sino sobre los medios para poderlos asegurar. Nos referimos, en concreto, a la praxis de la desinversión –a través de la decisiones presupuestarias– del Estado social, que no incide *directamente* sobre la esfera jurídica de los titulares –los cuales, por este motivo, no sufren una negación formal de los derechos sociales–, pero reduce drásticamente los recursos públicos disponibles en perjuicio de todos.

A lo largo de la exposición se ilustrarán las razones que han llevado a la formación de esta especie de ‘zona franca’ de la jurisdicción. Si aquí la hemos descrito someramente, es solo por precisar el objetivo de este artículo: proponer interpretaciones del derecho positivo vigente y sugerir reformas del mismo propensas a anular esta especie de ‘inmunidad’ de la que goza el legislador, otorgando a la jurisdicción el poder de atribuir, *concreta aunque indirectamente*, a su titular el bien objeto de los derechos sociales y de hacer que el legislador respete los derechos sociales.

Está claro que la perspectiva aquí adoptada se limita al nivel estatal, pero no por prever que a nivel internacional fuera más difícil, si no imposible, garantizar los derechos sociales a causa de la falta de instituciones supranacionales provistas de capacidad coactiva. Al contrario, estamos convencidos de que una mejora en ese sentido es posible si se refuerza la tutela de estos derechos en la dimensión nacional, y por más de una razón.

En primer lugar, por lo que respecta a los derechos sociales, es innegable que el derecho internacional ha sido ampliamente tributario de los derechos estatales y se ha mostrado gradualmente más sensible a este argumento a raíz de la presión de un conjunto de Estados (viejos y nuevos) movidos por una concepción ya no estrictamente liberal de los poderes públicos⁴. En con-

⁴ Cfr. la reconstrucción histórica ofrecida por E. RIEDEL, G. GIACCA, C. GOLAY, “The Development of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law” en *Id.* (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law. Contemporary Issues and Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 3-49.

secuencia –y en segundo lugar–, no es casualidad que muchos de los instrumentos internacionales concernientes a los derechos sociales remitan a diferentes Estados para determinar las modalidades de configuración y actuación de los mismos, con plena conciencia de su naturaleza –como se diría hoy– ‘glocal’⁵. Por último, tomando en consideración una Europa ya orientada a restringir estos derechos en nombre de la ‘austeridad’, es razonable mantener que una renovada tutela a nivel estatal pueda revelarse útil no solo por oponerse a los *diktat* de Bruselas, sino también por fijar las premisas dirigidas a una transformación del europeísmo en un sentido más solidario⁶.

Por comodidad expositiva, el contexto nacional aquí asumido en referencia es el italiano, pero –como hemos precisado con anterioridad– la perspectiva pretende ser iusteórica, no constitucionalista. La experiencia jurídica italiana, de hecho, puede considerarse ampliamente representativa de un problema, con todo el léxico que gira a su alrededor –en este caso, el relativo a la justiciabilidad de los derechos sociales con respecto al legislador–, que no es específico de esta experiencia, pero que seguramente es común a todos esos países en los que el Estado social tiene un indiscutido arraigo constitucional y una historia aplicada de larga duración.

La argumentación se articulará en tres secciones. En primer lugar (apartado 1), se ilustrarán los motivos –esencialmente históricos– que llevan a la ampliación de la tutela jurisdiccional de los derechos sociales. De ese modo, será posible arrojar luz sobre los presupuestos histórico-conceptuales que han dado origen a la tesis según la cual las violaciones legislativas de los derechos sociales solo son parcialmente controlables por parte del juez.

A continuación (apartado 2), nos ocuparemos de los argumentos más comunes contrarios a la justiciabilidad de estos derechos con respecto al legislador. En concreto, se centrará la atención en lo que puede ser considerado el obstáculo más importante en ese sentido, es decir, una cierta concepción de la separación de poderes, en nombre de la cual una plena garantía jurisdiccional de los derechos sociales llevaría inexorablemente a que los jueces prevalecieran sobre el legislador, erigiéndose en órgano auténticamente político como este último, pero sin la correspondiente representatividad democrática directa.

⁵ Comenzando con el principal tratado internacional sobre el tema de los derechos sociales, es decir, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en 1966 y que entró en vigor en 1976.

⁶ Come presagia J. Habermas: cfr. J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, trad. de L. Ceppa, Laterza, Roma-Bari, 2013.

La crítica de esta concepción permitirá reconstruir, por último (apartado 3), de manera diferente, las obligaciones del Estado en materia de justicia social y localizar instrumentos concretos a disposición de los jueces para poder proteger los derechos sociales, sin transformarse por esto en órganos de decisión colectiva, en competencia con las instituciones democráticamente elegidas.

I. Desde un cierto punto de vista se podría afirmar que es justo que la tutela de los derechos sociales ofrecida a los jueces sea parcial. Es el punto de vista del sentido común: sería anómalo que los hospitales, las escuelas, las pensiones fueran dispuestas por las sentencias de los jueces en lugar de por las leyes.

En efecto, es necesario admitir que, desde un punto de vista estrictamente histórico y aún antes de preguntarse si jurídicamente corresponde al juez aplicar los derechos sociales, han sido los legisladores los auténticos protagonistas de su aplicación. Como es bien sabido, en Italia –pero no solo en Italia–, las tres décadas que van desde los años cincuenta a los años setenta han conocido un extraordinario crecimiento económico global, que ha puesto a disposición los recursos financieros necesarios para aumentar el gasto social y ha contribuido con intensidad a la mejora del nivel de vida en los países desarrollados⁷.

Téngase en cuenta, entonces, que la cultura institucional media que inauguró la Constitución italiana en 1948 se vio afectada por una visión –por así decirlo– ‘estrábica’ de la relación entre la Parte I, dedicada a los “Derechos y deberes de los ciudadanos”, y la Parte II, concerniente al “Ordenamiento de la República”. La primera se atribuiría al tipo de constituciones del siglo XX –llenas de disposiciones de principio y normas programáticas, ambas dirigidas a la formación de un orden político-social a lograr en el futuro–; la segunda, sin embargo, parece hacerse eco de las constituciones del siglo XIX –con la centralidad legislador democráticamente elegido y una tendencial subordinación del juez a este último⁸.

Este ‘estrabismo’ es particularmente evidente en relación con los derechos sociales. A diferencia de los derechos “tradicionales” de libertad, habrían tenido suficientemente en cuenta su impacto en la organización de los poderes y, en concreto, en la fisonomía de la jurisdicción: no solo de la jurisdicción común –que sigue estando vinculada al modelo organizativo y funcional del siglo XIX–, sino

⁷ Cfr. el clásico G. A. RITTER, *Storia dello Stato sociale*, trad. de L. Gaeta y P. Carnevale, Laterza, Roma-Bari, 2011; más recientemente F. CONTI, G. SILEI, *Breve storia dello Stato sociale*, Carocci, Roma, 2006.

⁸ Cfr. para todos M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Il Mulino, Bologna, 1998.

sobre todo de la constitucional, que tarde o temprano tendría que tener en cuenta las promesas de renovación social y económica incluidas en la Constitución. Sin embargo, con un poder legislativo condicionado de hecho por partidos de masas fuertes y arraigados, muy sensibles a esas promesas (en particular, pero no exclusivamente, los partidos políticos de la izquierda) y, por lo tanto, consciente y voluntariamente dispuestos a ponerlas en práctica, es comprensible por qué este “estrabismo” ha sido un problema no tanto de coherencia institucional entre los objetivos perseguidos y los poderes públicos competentes para ponerlos en práctica, sino más bien de carácter político: negociar tiempos y formas de aplicación legislativa y administrativa de los derechos sociales⁹. De ahí la idea de que le corresponde esencialmente al legislador la implementación de estos derechos, mientras que al juez (no solo, sino también constitucional) le compete un papel subsidiario, es decir, suprimir una aplicación de los mismos contraria al principio de igualdad o su supresión subrepticia.

A esto hay que añadir –como concausa, pero también como efecto de esta percepción– una cultura de los juristas que se ha tomado su tiempo para desarrollar jurídicamente el principio del Estado social de derecho. Un iuspositivismo más bien reactivo a los juicios de valor –como los requeridos por la aplicación de los derechos sociales–, junto con una orientación jurídico-política predominantemente liberal –y, por lo tanto, no bien dispuesta hacia la solidaridad social¹⁰–, condujeron a una fuerte subestimación de las novedades teóricas y prácticas introducidas por el *Welfare State* que, en el mejor de los casos, se ha leído en clave ‘objetivista’¹¹ y, en cualquier caso, se ha ‘descubierto’ teóricamente más bien tarde¹².

⁹ Cfr., entre otros, V. ARMANDO, *Il Welfare oltre lo Stato. Profili di storia dello Stato sociale in Italia, tra istituzioni e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2015.

¹⁰ Es emblemática, en este sentido, la famosa crítica de Nicola Matteucci al positivismo jurídico como concepción teórica incapaz de comprender las razones del constitucionalismo (N. MATTEUCCI, “Positivismo giuridico e costituzionalismo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. 17, 1963, pp. 985-1098). De manera más general, sobre la relación entre Constitución italiana y cultura jurídica, cfr. L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

¹¹ Cfr. G. BONGIOVANNI, “Diritti dallo ‘statuto’ difficile. Aspetti del dibattito italiano sui diritti sociali nel secondo dopoguerra”, *Scienza & politica*, núm. 13, 2001, pp. 75-99, además de S. RODOTÀ, “I diritti sociali” en P. GROSSI (ed.), *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Giuffrè, Milán, 1997, pp. 61-74.

¹² Es un claro testimonio el giro denominado funcionalista del pensamiento iusfilosófico de Norberto Bobbio, madurado en los años setenta: cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milán, 1976.

Estas son, en pocas palabras, las razones de lo que previamente ha sido definido como una “zona franca” de la legislación por la jurisdicción. La hipótesis de un legislador inerte, si no hostil a los derechos sociales, no se descartaba, pero tampoco se incluía realmente en el orden del día; el desarrollo económico parecía no tener contracciones, permitiendo la afluencia de los medios financieros indispensables para su implementación; la solidaridad constituía patrimonio indiscutible de casi todos los partidos políticos... Si, además, a esto se le añade una cultura jurídica que no veía en el Estado social una prioridad de su propia agenda de discusión, entendemos la *communis opinio* según la cual los jueces deberían adaptarse simplemente a la centralidad que, de hecho, pero no necesariamente de derecho, tenía el legislador desde este punto de vista.

Hoy en día, sin embargo, todo esto representa el pasado.

Es sabido cuán abiertamente hostil a los derechos sociales es el paradigma político-institucional dominante, el neoliberalismo. La crisis del Estado fiscal junto con el declive del denominado fordismo han hecho mella en la capacidad y la eficiencia del Estado social. Incluso los partidos, sobre todo después de la caída del muro de Berlín, parecen haber cambiado su propia agenda en este sentido, también bajo la presión de una concepción del euro-peísmo mucho más economicista que solidaria. El alcance normativo de la Constitución en materia de derechos sociales, por lo tanto, está seriamente amenazado, y los tiempos parecen propicios para que los juristas puedan llenar este déficit político, contribuyendo a la tutela de la normatividad constitucional.

Desde este punto de vista, sin embargo, no se puede dejar de señalar que el debate iusfilosófico actual es un poco deficitario. De hecho, a pesar de que el iuspositivismo se vea hoy obligado a estar la defensiva, todavía hay quien niega la justiciabilidad de los derechos sociales¹³. Con el denominado neo-constitucionalismo¹⁴, la teoría legal ha llegado por fin tener en cuenta las cartas constitucionales del siglo XX y, en concreto, los derechos y los principios en ella promulgados, pero a menudo se echa en falta una atención *específica* a los derechos sociales, y que si existe está muy condicionada por las

¹³ Cfr., a modo de ejemplo, R. GUASTINI, “Diritti” en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (eds.), *Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Turín, 1994, pp. 163-174.

¹⁴ Para el concepto de ‘neo-constitucionalismo’ cfr., para todos, S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Turín, 2001.

diferentes experiencias nacionales¹⁵. Entonces, a veces, tenemos la impresión de abrir un debate altamente ideologizado, un debate condicionado por una concepción normativa preestablecida acerca de los deberes del Estado con sus ciudadanos y poco propensa a una franca consideración de la realidad social y económica actual que, en virtud de su acelerado desarrollo, ya no puede permitirse calificar las instancias –como, por ejemplo, la salud– como algo pospuesto a la tradicional hendiadis *liberty and property*¹⁶.

No obstante, hay otro aspecto en que se debe hacer hincapié. Es cierto que el clima cultural y político no es particularmente favorable a los derechos sociales, pero debe reiterarse con mucha claridad que no es necesario en absoluto volverlos a discutir de raíz, como si fuera necesario preguntarse cómo y cuánto positivizarlos. *Ya existen* y, a menos que se quiera abrazar la antigua tesis según la cual serían objeto de meras normas programáticas, deben tomarse en serio: si la realidad política no se ajusta a la normatividad constitucional, no es esta última la que debe sucumbir, y recae sobre todo en los juristas el deber de salvaguardar la primera a través de una renovación de su enfoque sobre los derechos sociales, que durante mucho tiempo se ha desplegado sobre la vitalidad de los partidos políticos y no ha sentido la necesidad de una tutela jurisdiccional plena de los mismos.

Por ello, la propuesta que aquí se presenta no pretende tener nada de revolucionaria. Como veremos en el siguiente apartado, se ha avanzado mucho en la dirección de una consideración teórica unitaria de los derechos fundamentales, independientemente de su naturaleza negativa o po-

¹⁵ Un ejemplo es la teoría de Alexy que, como cambio general, reflexiona sobre el contexto constitucional alemán, que, como es sabido, ha formalizado los derechos sociales no en la *Grundgesetz*, sino en las constituciones de los diferentes *Länder* (cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. de L. Di Carlo, Il Mulino, Bolonia, 2012).

¹⁶ El pensamiento aparece, evidentemente, en la obra de Dworkin, en la que –como es sabido– los derechos sociales se reducen a *polícies* (cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. de F. Oriana, Il Mulino, Bolonia, 1982), lo que puede entenderse –pero no justificarse, como señala J. WALDRON, “Constitutionalism: A Skeptical View”, *NYU School of Law, Public Law Research Papers*, núm. 10-87, 2012, disponible en la siguiente dirección: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1722771– a la luz de la tradición constitucionalista norteamericana, que se basa firmemente en los derechos civiles ‘tradicionales’. Para una revisión de la bibliografía iusteórica en lengua inglesa en materia de derechos (no solo, pero también) sociales, cfr. B. CELANO, “I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz” en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (eds.), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Turín, 2001, pp. 1-58; y, por último, S. ZULLO, *La dimensione normativa dei diritti sociali. Aspetti filosofico-giuridici*, Giappichelli, Turín, 2013.

sitiva. Es necesario, por tanto, sacar las conclusiones de esta consideración incluso en el plano de la organización de los poderes y, en particular, de la jurisdicción. En otras palabras, y parafraseando a Norberto Bobbio¹⁷, el problema que hay que resolver *hoy en día* no se refiere al fundamento de los derechos sociales, sino a su garantía. Si fuera necesario ocuparse del fundamento, solo lo sería porque ha sido puesto en tela de juicio por un neoliberalismo que tiene el objetivo de hacer de los derechos sociales una variable dependiente de la economía. Un reto que debe ser rechazado en la medida en que tiende a presentarse como una auténtica ‘ordalía’ en torno a los derechos sociales, pero que debe ser aceptado con el único propósito de consolidar lo mejor que la teoría jurídica y política ha pasado en el pasado y todavía pasa en favor de estos derechos. Esto se hace tanto más necesario si se quiere meter mano a una teoría jurídica capaz de atribuir a la jurisdicción un papel de garante de los derechos sociales ya no solo pasivo –limitado a sancionar a un legislador irracional–, sino activo y plenamente adecuado a este último.

No hay duda de que, de esta manera, su papel se incrementará, pero como la introducción de los derechos sociales ha enriquecido y no ha distorsionado para nada la historia del constitucionalismo moderno, este paso adelante de la jurisdicción no la llevará más allá de los límites marcados por el Estado constitucional de derecho y, es más, podrá incluso representar un punto a favor en su diálogo con el mundo angloamericano en el que –vale la pena recordarlo– los derechos sociales no tienen la misma relevancia constitucional. El objetivo, por lo tanto, es simple: se trata de poner remedio al ‘estrabismo’ mencionado anteriormente y equiparar la tutela jurisdiccional de los derechos civiles y los derechos sociales, trabajando para que las garantías constitucionales de los segundos ya no sean solo ‘políticas’, sino –como en los primeros– también ‘jurídicas’. Por otra parte, si la rigidez constitucional tiene como objetivo polémico la figura del legislador, si la “esfera de lo no decidible”¹⁸ también incluye los derechos sociales, sería un contrasentido si su defensor fuera la misma persona de la que guardarse: ¿no sería inconstitucional permitir que una mayoría simple modificara la constitución aboliendo algunas de sus partes sin protección alguna al respecto?¹⁹

¹⁷ N. BOBBIO, “Presente e avvenire dei diritti dell’uomo” en *Id.*, *L’età dei diritti*, Einaudi, Turín, 1990, pp. 17-44.

¹⁸ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I*, cit., pp. 819-824.

¹⁹ Para Alexy, de hecho, es justamente esta la “idea-guía” para discutir de la tutela jurisdiccional de todos los “derechos a acciones positivas del Estado” (derechos sociales inclui-

II. Tradicionalmente existen dos argumentos principales en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales frente al legislador²⁰.

El primero se refiere a su *contenido* y se basa en la elevada indeterminación de las disposiciones constitucionales que los contemplan. Casi siempre, de hecho, aquellas no indican con precisión el *standard* que debería asegurarse individualmente y, aún menos, entran en los detalles de los medios que deberían desplegarse para su garantía. Se argumenta, por lo tanto, que el legislador goza de una considerable discreción a la hora de aplicarlos y, en el caso de que no interviniera, el individuo en sí no podría ser considerado titular de un derecho subjetivo pleno a una cierta prestación, sino solo de un interés no ejecutable ante un juez.

Como se sabe, este es un viejo argumento que, bajo un perfil típicamente teórico, apela a la tesis de la estrecha correlatividad entre el derecho y la obligación. Según uno de sus defensores más autorizados, Hans Kelsen²¹, cualquier derecho subjetivo puede reducirse a la obligación del sujeto a quien el derecho subjetivo va dirigido y, en el caso de que esta obligación sea violada, a la garantía (jurisdiccional) que el ordenamiento jurídico predispone para esta eventualidad. En el caso de los derechos sociales declarados en las constituciones, falta a menudo la indicación precisa tanto del sujeto obligado como de la prestación a cumplir y, por tanto, esos derechos son inexistentes o, como mucho, “derechos sobre el papel”²².

Entonces, no hay duda de que esta concepción²³ de la correlatividad entre derechos y obligaciones (y garantías) ha desempeñado históricamente, y en cierto modo sigue haciéndolo, una función desmitificadora, que aún hoy

dos): “Los derechos fundamentales son situaciones tan importantes que su concesión o no concesión no puede confiarse a un simple mayoría parlamentaria” (R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 476).

²⁰ Para un mapa exhaustivo de los argumentos en contra de la justiciabilidad de los derechos, cfr. T. CASADEI, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze University Press, Florencia, 2012, además de F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Argomenti per una teoria dei diritti sociali” en *Id.*, *Rivendicando i diritti sociali*, trad. de P. Chiarella, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, pp. 5-28.

²¹ Cfr., entre otros, H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. de M. G. Losano, Einaudi, Turín, 1990, pp. 148-168.

²² R. GUASTINI, “Diritti”, cit., p. 170.

²³ Que obviamente no es la única, siendo la conocidísima –sobre todo en el ámbito angloamericano– de Hohfeld (cfr. W. N. HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali*, trad. de A. Pichierri y M. G. Losano, Einaudi, Turín, 1969). Según Celano (B. CELANO, “I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz”, cit., pp. 50-55), la concepción

sirve para señalar el uso demasiado informal y ‘barato’ del lenguaje de los derechos. Al mismo tiempo, sin embargo, debe entenderse correctamente, si no se quiere hacer un uso igual de informal y ‘barato’.

En primer lugar, esta tesis puede entenderse también en sentido conceptual –no hay derecho subjetivo sin obligación, así como no hay madre sin una mujer que haya concebido y parido–, pero esta supondría realmente un impedimento a la justiciabilidad de cualquier derecho (no solo, por tanto, de los derechos sociales) solo si siguiera la imposibilidad *abstracta* de determinar una obligación en el caso en que sea previsto solo el derecho. Sin embargo, no solo es sabido que los derechos subjetivos, sobre todo desde la edad moderna en adelante, con frecuencia son primero proclamados y después detallados por la regulación posterior; sino sobre todo, si la correlatividad debiera implicar esa imposibilidad, esta debería entonces servir incluso para el legislador, que no podría legislar, como es obvio, sobre lo que no existe.

La consustancialidad de derecho y obligación, entonces, debería ser interpretada en sentido empírico: en el caso de que un cierto ordenamiento jurídico sancione un derecho pero no establezca cómo debe ser garantizado y quién lo debe garantizar, se debe concluir inevitablemente por la inexistencia jurídica de ese derecho en ese cierto ordenamiento jurídico. Es una tesis ciertamente plausible, pero no nos dice nada sobre la justiciabilidad de un derecho subjetivo: se puede admitir que sin determinación de la obligación un derecho no existe; el problema de la justiciabilidad es saber, en cambio, si este es *determinable por parte del juez o no*.

He aquí por qué el vínculo entre los derechos y las obligaciones es relevante a efectos del debate en cuestión solo si se admite como una tesis teórico-interpretativa: no se pueden aplicar en concreto disposiciones extremadamente indeterminadas y los derechos proclamados por las cartas constitucionales, desde el momento en que sin la mediación legislativa son formulados de manera vaga, no existen o, en el mejor de los casos, existen, pero no son ejecutables ante un juez. Se trata de una versión bastante conocida de la tesis en cuestión, de ascendencia liberal, no exclusiva del ambiente académico, sino practicada también en el ámbito institucional. Por ejemplo, durante los trabajos preparatorios de la Constitución italiana, hubo quien consideraba que “la Costituzione è una legge, e come tale deve avere determinati caratteri, comuni ad ogni norma giuridica; deve, cioè, contenere

hohfeldiana es, sin embargo, más bien recesiva con referencia a la llegada de los derechos sociales.

non affermazioni generiche, ma norme precise di condotta e stabilire mezzi pratici per il raggiungimento di certi scopi, nonché le sanzioni che saranno applicate a chi non osserverà quelle precise norme di condotta. [...] Si avrà, ad esempio, il ricorso alla Suprema Corte Costituzionale, dato al cittadino a tutela del suo diritto individuale. Ma come sarà possibile comprendere in questo rimedio i cosiddetti diritti sociali, cioè il diritto al riposo, alla casa, all'assicurazione ecc.? Se uno di questi diritti a cui non corrisponde un obbligato, rimarrà insoddisfatto, quale potrà essere il rimedio pratico per assicurarne la soddisfazione?"²⁴

Sin embargo, es un argumento que puede considerarse superado. En primer lugar, ya hubo quien en aquella misma sede institucional contestó que "la Costituzione, sia per la natura degli organi cui si dirige, sia per la relativa genericità e la elasticità delle sue statuizioni, derivanti dalla funzione che essa ha di presiedere alla vita dello Stato per lunghi periodi di tempo, è destinata a contenere piuttosto principî direttivi che non norme direttamente ed immediatamente azionabili. In ogni caso, per potere distinguere, come vorrebbe l'onorevole Calamandrei, le norme dai principî, bisognerebbe possedere un criterio distintivo, che invece manca. In realtà quelli che si chiamano principî sono anche essi normativi, se non altro perché vincolano quanti debbono applicare le leggi, sia nell'attività interpretativa, che in quella di completamento delle lacune"²⁵. Y, de hecho, si de verdad la indeterminación representara un obstáculo a la definición judicial de la obligación correlativa a un derecho subjetivo, debería negárseles a los jueces el poder de detallar disposiciones muy indeterminadas, aunque muy empleadas en las salas judiciales (por ejemplo, corrección y buena fe en el derecho civil). Por otra parte, se debe tener presente que, por lo que respecta a la teoría jurídica, desde los años sesenta Hart señalaba que "aun para los *standards* muy generales habrá ejemplos claros no discutibles de casos que los satisfacen o que no los

²⁴ Se trata de la intervención del conocido estudioso del derecho procesal civil Piero Calamandrei, en el curso de las sesiones dedicadas a las "Direttive di massima per la redazione del progetto di costituzione" (cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione repubblicana nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, 8 vols., Roma, 1971, vol. 6, pp. 45 y 53).

²⁵ La réplica provenía del igualmente conocido constitucionalista Costantino Mortati (cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione repubblicana nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, cit., p. 72).

satisfacen”²⁶. Por lo tanto, la indeterminación, también considerable, del lenguaje normativo no impide en absoluto identificar casos en los que la disposición que decreta un derecho social sea sin duda violada por la ley. Este conjunto de razones explica por qué la teoría jurídica contemporánea, en la medida en que presta atención a los derechos sociales, subraya justamente que el problema de su justiciabilidad no tiene tanto que ver con su contenido y, por tanto, ha puesto en tela de juicio la tesis de la estrecha correlatividad entre derechos y obligaciones, rechazándola por completo²⁷ o considerándola indiferente para la distinción entre derechos civiles y derechos sociales²⁸.

En realidad, incluso más que en la reflexión teórica, es en los hechos donde la tesis de la correlatividad entre derechos y obligaciones como obstáculo a la justiciabilidad de los derechos sociales ha sido superada. Es comprensible que en los primeros periodos de vigencia de las cartas constitucionales que sancionan los derechos sociales, las jurisprudencias nacionales aún estuvieran vinculadas a concepciones iusteóricas como las ejemplificadas por Calamandrei²⁹, pero ya están lejos los años en los que se rechazaban preguntas judiciales basadas única y exclusivamente en las normas constitucionales que contemplan los derechos sociales porque carecían de fundamento jurídico; ya existe una jurisprudencia constitucional más bien consolidada que, aunque con encuadramientos conceptuales diversos, ha reconocido la plena aplicación judicial de los derechos sociales a falta de una intervención legislativa que defina con precisión el contenido y los límites de ejercicio³⁰.

²⁶ H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. de M. A. Cattaneo, Einaudi, Turín, 1991, p. 154. Citado según versión castellana de Abeledo Perrot, Buenos Aires 1963, traducción de Genaro G. Carrió, p. 164.

²⁷ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I*, cit., pp. 439-444, 651, 684-690 y 914-918.

²⁸ Cfr. R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 538, 544-545.

²⁹ Como sucede, de hecho, en Italia, en los ocho años que transcurrieron entre la entrada en vigor de la Constitución, en 1948, y el establecimiento del Tribunal Constitucional, en 1956, durante los que los jueces comunes (cfr. la bien conocida sentencia del 7 de febrero de 1948 de las salas de lo penal del Tribunal de Casación) hicieron una distinción interpretativa entre normas constitucionales denominadas preceptivas –de aplicación inmediata en cualquier proceso– y normas constitucionales denominadas programáticas –como, por ejemplo, las relativas a los derechos sociales–, dirigidas solo al legislador y que para nada se podían invocar en un juicio. La distinción fue rechazada, después, por el propio Tribunal Constitucional con la primera histórica sentencia (núm. 1 de 1956).

³⁰ Cfr. C. COURTIS (ed.), *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, cit., pp. 23-64, para leerse junto a C. VALENTINI, “Il futuro dei diritti sociali. Tra garanzie essenziali e garanzie ragionevoli”, *Jura Gentium*, núm. 9, 2012, pp. 1-41.

Se revela, entonces, que la tesis de la correlatividad entre derecho y obligación no permite a los jueces garantizar los derechos sociales si se entiende como una tesis no sobre el contenido de estos derechos, sino sobre la competencia jurídico-política de los jueces para reemplazar a un legislador indiferente a la justicia social –lo que integra el segundo argumento en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales, relativo a los medios para poderlos poner en práctica.

Esto puede subdividirse en dos versiones que podremos denominar convencionalmente ‘material’ y ‘procedimental’. La primera consiste en mantener que, una vez admitido que es posible configurar un contenido preciso para los derechos sociales incluso a falta de una reglamentación legislativa, los jueces en ningún caso podrían adoptar decisión alguna en su favor porque esta equivaldría a una decisión presupuestaria, que recae en cambio sobre los órganos ‘políticos’ y, en primer lugar, sobre el parlamento.

Incluso en este caso nos encontramos ante un razonamiento de sabor ‘antiguo’ en el que resuena la famosa declaración de Alexander Hamilton, según la cual “el poder judicial [...] no puede influir ni sobre la ‘espada’ ni sobre la ‘bolsa’”³¹. También en este caso, sin embargo, es ya un razonamiento para legarlo a la historia. En primer lugar, una objeción de este tipo termina logrando una concepción paternalista de las relaciones entre poderes públicos e individuos: estos últimos no serían ciudadanos autónomos, provistos de derechos subjetivos plenos de los que alardear frente al Estado, sino sujetos dependientes de este último, que en ocasiones pueden considerarse titulares de aquellos derechos, ‘graciosamente’ concedidos por quien dispone de los ‘cordones’ de la ‘bolsa’ –y, como afirmaba Kant, un ordenamiento “en el que los súbditos, como hijos menores de edad que no pueden distinguir lo que es útil o dañino, son obligados a comportarse pasivamente, para esperar que el jefe de Estado juzgue la manera en que deben ser felices y esperar su bondad, es el peor despotismo que se pueda imaginar”³². De poco sirve replicar que, bien visto, el *Welfare State*, por cómo ha sido llevado a cabo en Europa a partir de la Segunda Guerra Mundial, tiene una decidida connotación paternalista³³, porque el punto de partida de este texto –como se ha

³¹ A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il federalista* (1788), Giappichelli, Turín, 1997, p. 391.

³² I. KANT, “Sopra il detto comune: ‘Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica’” en *Id.*, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, trad. de G. Solari y G. Vidari, Utet, 3ª ed., Turín, 1995, p. 255.

³³ Cfr., entre otros, A. RAPINI, *Lo Stato sociale*, Archetipo libri, Bologna, 2010.

puesto en evidencia anteriormente– consiste en el fracaso de esta concepción: un fracaso evidente en la proclamada dejadez estructural del ‘padre’ (léase: legislador) con respecto a los propios ‘hijos’. Además, bajo un perfil estrictamente iusteórico, se hace notar que, si las prerrogativas parlamentarias en materia de dinero público fueran intangibles, sería necesario admitir con coherencia que los principios constitucionales no son recíprocamente ponderables, sino que están subordinados a un único principio fundamental que debe ser considerado como absoluto –la competencia financiera del parlamento– ante el que estos siempre deben sucumbir³⁴. Pero –en paralelo a todo lo que se ha señalado anteriormente–, es en los hechos donde esta tesis ya no tiene ningún valor: ante los tribunales constitucionales, un argumento de este tipo ya no tiene una importancia decisiva; como mucho, puede ser reformulada como una invitación para que sus componentes presten atención a las recaídas financieras de una decisión a favor de los derechos sociales, pero es un hecho que las jurisprudencias constitucionales, aunque con cierta cautela, han ‘sancionado’ a menudo al legislador ordinario con sentencias que han comportado cargas sobre las finanzas públicas, en algunos casos, incluso bastante sustanciales³⁵.

La otra versión, la definida como ‘procedimental’, del argumento analizado apela, en cambio, al principio de separación de poderes. Se puede admitir que, aun sin determinación legislativa, un juez pueda especificar el contenido normativo de un derecho social; se admite que su decisión pueda incluso suponer un desembolso por parte del Estado, pero los derechos sociales son derechos con una prestación *positiva* que el Estado debe proporcionar a toda la colectividad y se puede alcanzar – y este el núcleo de la tesis– hasta el punto de permitir que el juez sustituya al legislador en la organización general de esta prestación, si no es al precio de distorsionar por completo el encuadramiento constitucional.

Entre los obstáculos interpuestos a una plena justiciabilidad de los derechos sociales no hay duda de este último es el más complicado. De hecho, no se encuentra en un terreno puramente jurídico-positivo, sino tiene una naturaleza teórica: aun si fuera imaginable un constituyente bien dispuesto a aumentar las garantías jurisdiccionales de los derechos sociales, una opción

³⁴ Cfr. R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 543-544.

³⁵ Cfr. C. COURTIS (ed.), *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, cit., pp. 49-52 y 86-88, además de, con respecto a Italia, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 2012, pp. 405-408.

de este tipo llevaría más allá de la idea no solo del Estado constitucional de derecho, sino también de la modernidad jurídico-política. Es significativo, de hecho, que sobre este aspecto la teoría jurídica, también la más sensible a los temas de la justicia social, resulte bastante elusiva³⁶, por no decir también contraria a una sustitución integral del legislador por parte del juez³⁷. Pero son sobre todo los tribunales constitucionales los que no van en esta dirección. Incluso cuando echan mano de sentencias que tienen repercusiones sobre las finanzas del Estado, el supuesto sigue siendo la preexistencia de una intervención legislativa que, además, debe incidir directamente –y no en general– en la esfera jurídica individual de los titulares de los derechos sociales: queda excluido por completo que se pueda poner remedio a una omisión total por parte del legislador³⁸, así como a ‘recortes’ presupuestarios que comprimen un derecho social limitándose a reducir los recursos públicos destinados a su garantía³⁹. Lo que el principio de la separación de poderes toleraría como mucho es solo la *moral suasion*: una advertencia dirigida al legislador para que tome medidas y elimine esta inconstitucionalidad, pero sin ningún otro instrumento para pasar de la advertencia a los hechos.

En efecto, como este principio es bastante polisémico, es innegable que sus diferentes concepciones tienen un común denominador en la identidad jurídico-política de la jurisdicción. No hay que olvidar entonces que su nacimiento puede remontarse a la aparición en la historia del pensamiento

³⁶ Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 543-545, que manteniendo que “si un derecho existe, este es también justiciable”, no entra en detalles sobre la posibilidad de ejecutar en concreto los derechos sociales, limitándose a afirmar que un derecho social es justiciable “si (1) la exige muy urgente el principio de libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamentaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales opuestos (...) son afectados en una medida relativamente reducida” (texto según la versión castellana del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002, traducción de Ernesto Garzón Valdés, p. 495).

³⁷ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. II. Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 95 y 401-402, y mucho más explícitamente, *Id.*, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 55, 2010, p. 2793.

³⁸ Por la razón elemental por la que los tribunales constitucionales, en general, juzgan acciones (leyes o actos con fuerza de ley) y no omisiones del legislador.

³⁹ Por otra parte, cuando también en abstracto se supusiera un control judicial de estos ‘recortes’ denunciando las desigualdades en el gasto público, igualmente el juicio exigido al juez sería considerablemente discrecional, ya que estos deben entrar en el mérito de la distribución entre capítulos *no homogéneos* del presupuesto (por ejemplo, fuerzas armadas y sanidad, justicia y educación, etc.).

jurídico-político del *principio de igualdad*, es decir, de la idea de que el orden jurídico debiera tratar a los individuos de manera uniforme, rechazando todas esas jerarquías y desigualdades que eran consideradas completamente naturales a la sensibilidad jurídico-política medieval. De ahí no solo la idea de que la ‘gestión’ de este nuevo orden jurídico no pudiera tener lugar si no es de forma general y abstracta, sino sobre todo la consecuencia en virtud de la cual los jueces no debieran obstaculizar el proyecto de equiparación jurídica llevada a cabo por la ley⁴⁰. A partir de este momento la jurisdicción se caracteriza por ser una función excluida del ‘gobierno’ –entendido en sentido amplio– del territorio y sobre todo puesta en el plano de la particularidad y la concreción. Esta naturaleza se manifiesta no solo a través del principio fundamental de la demanda que connota la jurisdicción, sino también a través del nivel en el que se pone su acción: un nivel que, si *desde un punto de vista formal* no ha impedido reconocer algunas veces una eficacia *ultra partes* a las decisiones judiciales, ha representado siempre, sin embargo, un obstáculo en *el plano sustancial* con una incidencia *erga omnes* de las mismas, con el propósito de evitar ponerse a la misma altura del legislador. Es comprensible, por tanto, que un juez no pueda permitirse evaluar las políticas presupuestarias deliberadas por el máximo órgano representativo, es decir, dictar –directa o indirectamente– la normativa necesaria para la aplicación de los derechos sociales.

Sin embargo, no son pocas las críticas que pueden plantearse a este argumento.

En primer lugar, demuestra poco. Si se sitúa en una perspectiva histórico-conceptual, es necesario recordar que ha representado desde siempre la clásica objeción a *cualquier* hipótesis de justiciabilidad frente al legislador; sin embargo, ello no ha obstaculizado el establecimiento de tribunales constitucionales que, siendo especiales, no son percibidos para nada –al menos actualmente– como un *vulnus* al concepto de jurisdicción moderna⁴¹. Dicho de otro modo, invocar el principio de la separación de poderes en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales expone a una alternativa tajante: o significa abrazar concepciones de los poderes públicos ya obsoletas, que se remontan a los años en que los parlamentos eran considerados completamente incuestionables, u obliga al menos a especificar este principio y a

⁴⁰ Me permito remitir a G. BISOGNI, “Profilo storico-concettuale della giurisdizione moderna”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 16, 2011, pp. 35-62.

⁴¹ Cfr., para todos, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Turín, 1992, pp. 74-84.

demostrar por qué no plantea ningún problema cuando se trata de hacer justificables los 'tradicionales' derechos civiles.

Justificar esta distinción, sin embargo –y en segundo lugar–, termina por no prestar un buen servicio a la causa de los derechos sociales, porque –quizá un poco paradójicamente– obliga a negar ese 'estrabismo' que, como hemos señalado con anterioridad, representa una de las causas de debilidad de estos derechos respecto a los derechos civiles. Sería falso afirmar que la organización de los poderes públicos esbozada por las principales constituciones continentales de la segunda posguerra es incoherente con respecto a los derechos y principios de la justicia social allí expresados: si estos derechos y principios son garantizados solo en parte por la jurisdicción y solo previa intervención legislativa, se debe, en cambio, a un fenómeno completamente 'fisiológico', impedir que el reconocimiento de los derechos sociales se dirija hasta el punto de hacer mella en la 'esencia' de esa organización que tiene en el tendencial apoliticismo del juez una de sus marcas distintivas⁴².

De aquí surge, sin embargo, un conjunto de consecuencias, tanto histórico-conceptuales como teóricas, que suscitan no pocas dudas.

De tal manera, inconscientemente o no se acredita una concepción del constitucionalismo moderno y contemporáneo en la que los poderes, al contrario que los derechos, poseen una fisonomía conceptual más compacta, menos sensible a los cambios históricos y, en concreto, a aquellos que han producido las diferentes 'estaciones' de la ciudadanía jurídica moderna. Se trata de una concepción que se ha conocido ampliamente en la cultura de los juristas tanto antes como después de la segunda guerra mundial, pero que ya puede considerarse fuera del tiempo, porque en origen no carecía de matices autoritarios considerables: una concepción que ve(ía) en los derechos en general un *posterius* respecto a ese *prius* que es el Estado, –casi parafraseando a Otto Mayer⁴³– “los derechos pasan, los poderes quedan”⁴⁴. En esta concepción el 'lugar' de los derechos sociales no existe –una especie de cuerpo extraño respecto a una tradición que los había ignorado voluntariamen-

⁴² Clásica en ese sentido es la bien conocida posición de Carl Schmitt sobre los derechos sociales: cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, trad. de A. Caracciolo, Giuffrè, Milán, 1982, pp. 212-243.

⁴³ Cfr. O. MAYER, *Deutsche Verwaltungsrecht*, Band I, Duncker & Humblot, 3ª ed., Berlín, 1924, p. II. La frase originaria de Mayer es: “Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht bestehet”.

⁴⁴ Sobre esta idea, cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 130-139.

te⁴⁵– o existe, aunque es esencialmente diferente y de rango inferior respecto a aquel que es propio de los derechos civiles⁴⁶.

Y en verdad, se interpretan a la luz de su origen histórico como un producto institucional que deriva de la presión ejercida por algunos grupos sociales, deseosos de una mayor redistribución de la riqueza. De ello se desprende la imposibilidad de reconocer estos derechos como pertenecientes a todos los hombres sin distinción, lo que generaría un doble riesgo: los derechos sociales no solo, no siendo universales, no serían propiamente ‘fundamentales’ como los derechos civiles⁴⁷, sino que además tendrían una naturaleza ‘piadosa’ –ya que están vinculados a determinados sectores de población (los más desfavorecidos económicamente)– y reiterarían una lógica de la solidaridad propia del siglo XIX, exponiéndolos –aunque de manera inversa– a la bien conocida crítica que Marx dirigía a los derechos sancionados en la *Déclaration* de 1789 como ‘falsos universales’⁴⁸. Por supuesto, huelga decir que un problema de justiciabilidad por lo que respecta al legislador tiene poco sentido: como son derechos reservados esencialmente al grupo en lugar de al individuo, la intervención legislativa solo puede ser necesariamente colectiva y, por tanto, enteramente no subrogable por parte del juez.

Es decir, en el mejor de los casos, la titularidad de los derechos sociales también adopta una clave universalista, pero fuertemente publicística. Estos derechos solo se dan en la medida en que sean el Estado y, de manera particular, el legislador los que les den forma: una especie de *Reflexrechte* de memoria gerberiana, que no solo no existen antes que el Estado, sino que, requiriendo una intervención positiva de este último para ponerlos en práctica, se

⁴⁵ Se refiere, por supuesto, a la Constitución francesa de 1793 que, como es sabido, nunca entró en vigor. Para un análisis histórico-conceptual de los derechos sociales, cfr. T. CASADEL, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, cit., pp. 1-25 y 32-36.

⁴⁶ De aquí también una doctrina de los derechos sociales muy poco desarrollada respecto a la de los derechos civiles: “Lo Stato sociale (...), non avendo alle spalle modelli teorico-giuridici quali quelli che sono stati alla base dello Stato liberale, si è sviluppato senza nessun disegno garantista, attraverso un’accumulazione di leggi, apparati e prassi politico-amministrative” (L. FERRAJOLI, “Dai diritti del cittadino ai diritti della persona” en D. ZOLO (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 280).

⁴⁷ Como recuerda G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, *Derecho y libertades*, núm. 3, 1998, p. 31.

⁴⁸ Cfr. K. MARX, *La questione ebraica: per la critica della filosofia del diritto di Hegel*, trad. de R. Panzieri, Editori Riuniti, 6ª ed., Roma, 2000. Por cuestiones de espacio no se puede profundizar aquí en la cuestión conceptual de la universalidad o no de los derechos sociales: cfr., por último, S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

consideran más como signos de pertenencia a la colectividad que como posiciones jurídicas estrictamente individuales⁴⁹. Ya de por sí, desde un punto de vista como este, el control jurisdiccional sobre los derechos sociales que hoy se considera admisible adquiere una fuerte connotación política⁵⁰, pero obviamente queda excluido por completo cuanto pretende llenar el ‘vacío’ de tutela objeto de este texto, ya que equivaldría a arrastrar al juez a la política.

En definitiva, afirmar que los derechos sociales no son plenamente justiciables debido a la separación de poderes significa quedar anclados en la tesis que los ve *in essentia* ajenos a la esfera individual y, por tanto, no susceptibles de una tutela jurisdiccional comparable a la reservada a los derechos civiles.

Desde este punto de vista, intentar plantear el alcance de esta tutela mediante instrumentos como, por ejemplo, una parte del presupuesto constitucionalmente vinculado a los derechos sociales, es decir, cualquier forma de responsabilidad política del ejecutivo o del legislativo por falta de actuación o lesión de los mismos⁵¹ no permite recorrer mucho camino, porque sigue implicando una visión a fin de cuentas holística de los derechos sociales. Estas propuestas, además de ser de escasa viabilidad práctica –debido a un ‘clima’ actual para nada favorable al Estado social–, no solo terminan por alimentar aún más la duda de una indebida comprensión de la separación de poderes, sino sobre todo tienden a perder la dimensión individual de los derechos sociales y corren el riesgo de no garantizar plenamente el bien-de-la-vida objeto de estos derechos⁵². En otras palabras, siguen atrapados en la óptica tradicional que hace de los derechos sociales, como derechos a prestaciones colectivas garantizados por el Estado, exigencias de alto contenido

⁴⁹ Es un ejemplo la interpretación de Smend de los derechos sociales expresados en la Constitución de Weimar (cfr. R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, trad. de F. Fiore y J. Luther, Giuffrè, Milán, 1988, pp. 241-248).

⁵⁰ Como demuestran la precaución y la parsimonia con las que los tribunales constitucionales llegan a decisiones que tienen gravámenes sobre las finanzas del Estado.

⁵¹ Un partidario de estas propuestas es, por ejemplo, Ferrajoli: cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. II, cit.*, p. 402.

⁵² Recuérdesse, de hecho, que ya Kelsen había sugerido –limitándose a los derechos fundamentales ‘negativos’– la posibilidad de someter a sanción política (por ejemplo, remoción, inelegibilidad, etc.) al jefe del Estado y a los miembros del gobierno que hubiesen aprobado leyes ordinarias en detrimento de esos derechos, añadiendo, sin embargo, que “el poder jurídico para iniciar el proceso conducente a la imposición de esas sanciones, por regla general no está reservado a los individuos afectados por la ley inconstitucional” (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto, cit.*, p. 167) texto citado de la versión castellana editada en Porrúa, México, 1998, traducción de Roberto J. Vernengo, p. 156.

‘político’ que, si bien garantizadas en todos los aspectos por los jueces, logran una forma de ‘justicia política’, donde “la política no tiene nada que ganar y la justicia, todo que perder”⁵³.

Esta es la razón por la que las raíces de una tutela jurisdiccional plena de los derechos sociales solo podrían ahondar sólidamente en el mismo terreno de particularidad y concreción en el que radica la legitimación de la jurisdicción moderna. En resumen, es necesario dar la vuelta a este punto de vista: no son los jueces los que, al garantizar estos derechos, deben penetrar en el ámbito teórico de competencia del legislador, sino –todo lo contrario– son los derechos sociales los que han de ser analizados en términos individuales y, por tanto, utilizados por parte de la jurisdicción. La piedra angular se encuentra, entonces, en demostrar que esos derechos, *a pesar de no estar garantizados por el Estado de forma colectiva*, representan auténticas posiciones jurídicas correspondientes a cada titular y son plenamente tutelables en el plano particular y concreto.

III. En la actualidad, por tanto, la distancia entre los derechos civiles y los derechos sociales se ha reducido considerablemente, pero aún sigue siendo significativa, desde el punto de vista su garantía jurisdiccional, en relación con su respectiva *estructura*.

En general, de hecho, se afirma⁵⁴ que las obligaciones del Estado correspondientes a los derechos sociales consisten en prestaciones que no solo tienen como objeto un *facere*, sino que sobre todo –dada la tendencial generalidad y vaguedad de las cartas constitucionales– son *plurisubjetivas* e *indivisibles*. De manera más precisa, son prestaciones que están dirigidas a un conjunto bastante amplio e indistinto de individuos y que deben ser proporcionadas de manera unitaria a ese conjunto, dejando, pues, que sea el legislador en su autonomía quien disuelva esta ‘indistinción’, quien decida en qué escala dimensional organizarlas y, eventualmente, también quien las distribuya entre sus titulares. Por lo tanto, incluso si llegase a reconocer *en abstracto* la titularidad individual de un derecho social, en cualquier caso con la obligación correspondiente, debido a la indivisibilidad, debería ser asumi-

⁵³ Se trata de la conocidísima afirmación que Schmitt toma de Guizot: cfr. C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, trad. de A. Caracciolo, Giuffrè, Milán, 1981, p. 60.

⁵⁴ Véase una exposición ejemplar en E.W. BÖCKENFÖRDE, “I diritti sociali fondamentali nella struttura della costituzione” en *Id.*, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, trad. de O. Brino, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 189-207.

da por el legislador *erga omnes*: un juez que quisiera sancionar *en concreto* el incumplimiento o el mal desempeño no podría hacer otra cosa que llevar a cabo un acto igualmente *erga omnes*, teniéndose que sustituir al legislador en la interpretación de esa plurisubjetividad e indivisibilidad⁵⁵.

Todo lo contrario de lo que ocurre en el caso de los derechos civiles. Así, en el caso de que una ley limite inconstitucionalmente un derecho civil, esa violación se resolvería, en última instancia, en un acto particular y concreto; por tanto, la anulación jurisdiccional de este acto, junto con su presupuesto –es decir, la ley inconstitucional–, no privaría al juez de su calidad de órgano de la aplicación del derecho (constitucional) para casos concretos⁵⁶.

Se trata de un constructo conceptual bien conocido que puede considerarse en función de sus *technicalities*, como patrimonio común de la cultura sobre los derechos fundamentales. Pero se trata, al mismo tiempo, de una diferencia que no tiene nada de ‘natural’ (en cualquier sentido del término) y que es el fruto de una *interpretación doctrinal* –que deriva de la concepción criticada en el apartado anterior–: una distinción, entonces, que recae en el derecho positivo vigente y que, por tanto, puede ser rechazada a la luz de una consideración diferente de los derechos sociales.

Así, la indivisibilidad y la plurisubjetividad de la prestación del Estado no significan en absoluto que el derecho no pueda tener y no tenga una naturaleza individual y que, por tanto, su satisfacción solo pueda producirse en un plano general y abstracto.

A una conclusión de este tipo debería llegarse solo si los derechos sociales tuvieran que ser *necesariamente* ejercidos de forma colectiva, es decir, que no fuera posible disfrutar individualmente del bien-de-la-vida objeto de estos derechos si al mismo tiempo no lo disfrutaban otros titulares. Este es el caso de esos bienes que en las ciencias económicas se definen absolutamente

⁵⁵ En otras palabras, los derechos sociales, aun siendo individuales, se degradarían a meros intereses, irrelevantes en un tribunal, debido a la falta de una figura institucional que actúe como punto de referencia *colectivo* de la pluralidad de los titulares. Requieren, por lo tanto, para su existencia jurídica, una mediación de naturaleza *representativa*, que obviamente no puede ser ofrecida por los jueces y debería corresponder, de hecho, a las “clásicas” figuras de la mediación que son los partidos políticos, no por casualidad actualmente ausentes por lo que respecta a los derechos sociales.

⁵⁶ Lo que se deriva también de la diferencia estructural entre derechos negativos y derechos positivos, en virtud de la cual, mientras los primeros prohíben *todos* los actos que los violan, los segundos, en cambio, no requieren –al menos como regla– ni *un solo* medio para su aplicación: cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 491-500.

‘no rivales’, de los cuales es imposible un consumo individual si contemporáneamente no los consumen también otros sujetos (por ejemplo, la luz o el aire); esto no vale, sin embargo, par los derechos sociales, que en abstracto también pueden configurarse como derechos negativos de libertad y, por tanto, pueden ser disfrutados por parte y de manera completamente exclusiva. Desde el punto de vista iusteórico nada impide hacer de los derechos colectivos derechos positivos, como ha sido demostrado históricamente por los regímenes en los que, como es sabido, la propiedad privada estaba fuertemente limitada –lo que confirma, si todavía fuera necesario, el carácter ideológico de la denominada pre-estatalidad de los derechos civiles (solos). Como nada impide construir los derechos sociales en términos negativos, es decir, como derechos contra la injerencia del legislador en las elecciones, por ejemplo, en materia de sanidad –como se deduce de manera muy evidente del reciente debate estadounidense sobre el denominado *Obamacare*, donde algunos sectores políticos conservadores han contrapuesto justamente esta concepción del derecho a la salud. Que estos derechos tienen que ser garantizados de manera unitaria y en un plano más o menos general y abstracto, se debe, entonces, no a características intrínsecas de esto derechos, sino a razones que tienen que ver no solo por razones obvias de economicidad, sino sobre todo por la razón elemental por la que “en cualquier grupo grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conductas y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separada a cada individuo”⁵⁷. Si a esto se añade también el principio fundamental de igualdad –específico de la modernidad jurídico-política–, se entiende por qué la ley no pueda más que garantizar los derechos social por igual a todos sus titulares y mediante actos más o menos generales y abstractos.

Dicho en otras palabras, la indivisibilidad de la prestación social que el Estado debe proporcionar *no tiene relación* con el contenido del derecho social. A fin de cuentas, toda decisión legislativa sobre los derechos fundamentales puede decirse que es colectiva, independientemente de la naturaleza civil o social del derecho objeto de esta decisión: si esta característica se evidencia con más claridad en relación con los derechos sociales, solo se debe a la circunstancia –totalmente contingente– en virtud de la cual el bien garantizado por estos derechos no existe ‘en la naturaleza’, sino que debe ser asegurado

⁵⁷ H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 146, texto según cita de la versión castellana de Abeledo Perrot, cit., p. 155.

por el Estado. Por otra parte, también es sabido cómo los derechos civiles requieren obligaciones positivas a cargo del Estado. A menudo se olvida por qué son prestaciones que el Estado también pone al servicio de otros derechos fundamentales e, incluso, aparte de estos –por su propia supervivencia–, pero no hay duda de que, si el Estado no se comprometiera a organizar un aparato de *law inforcement*, incluso el más clásico de los derechos civiles –la propiedad– se convertiría en indistinguible por un derecho social como exigencia a una prestación positiva por parte del Estado⁵⁸.

Por lo tanto, *desde el punto de vista de su titular* no se aprecia una diferencia cualitativa entre derechos civiles y derechos sociales. Ambos atribuyen una exigencia que no solo es individual, sino sobre todo es *jurídicamente indiferente* respecto a las modalidades con las que el Estado cumple con sus obligaciones; y para ambas categorías de derechos, la violación de estas obligaciones legitima la petición, por parte del individuo, de un remedio particular y concreto, al alcance de la jurisdicción. De hecho, hay que tener presente que la violación de los derechos sociales, desde un punto de vista económico, equivale a descargar sobre el individuo los costes necesarios para poder conseguir aquello que el Estado no ha garantizado y estos mismos costes pueden ofrecer una medida fiable del sacrificio sufrido por esta violación: una ‘individualización’ monetaria que no sería en absoluto posible en el momento en que el derecho social poseyera una naturaleza intrínsecamente colectiva⁵⁹.

⁵⁸ Lo que siempre se ha sabido, pero que –por supuesto, afortunadamente– parece ser ahora indiscutible a partir del conocido ensayo de Sunstein y Holmes: cfr. C. SUNSTEIN, S. HOLMES, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, trad. de E. Caglieri, Il Mulino, Bologna, 2000.

⁵⁹ Por otra parte, debe tenerse presente que en otras áreas del derecho (por ejemplo, en el derecho civil) el carácter indivisible de una prestación a favor de más de una persona no obliga en modo alguno a una titularidad colectiva del derecho afín, y admite tranquilamente su tutela individual. Si, de hecho, la prestación no se cumple con respecto a uno de los titulares del derecho, no será posible el resarcimiento del daño de una forma específica, debido a la indivisibilidad, pero aún queda la posibilidad de que *un* titular insatisfecho pida para sí la compensación por equivalente.

Esto demuestra, una vez más, la naturaleza dogmática y no teórica de la tesis criticada en el texto y esta última por tanto, parece aproximarse a esas concepciones encaminadas a defender lo incuestionable de las elecciones legislativas –en nombre de su representación (presuntamente) exclusiva del interés público– en contra de las cuales arremetió con vehemencia Hans Kelsen al proponer su idea de la jurisdicción constitucional (véase sobre todo H. KELSEN, “Chi dev’essere il custode della costituzione?” en *Id.*, *La giustizia costituzionale*, trad. de C. Geraci, Giuffrè, Milán, 1981, pp. 229-291).

En conclusión, habría llegado el momento de rechazar la idea según la cual la garantía jurisdiccional de *todos* los derechos fundamentales sancionados por las constituciones pase por el cuello de botella representado por la alternativa tajante entre una 'legislación negativa' –coherente con el principio de la separación de poderes– y una 'legislación positiva' –completamente incompatible con este principio.⁶⁰ Y, de hecho, como se ha señalado con anterioridad la figura del 'legislador negativo' ya no se puede considerar tan actual; pero, sobre todo, la estructura de los derechos sociales no pide para nada que el juez se convierta en un 'legislador' positivo, pero invita a introducir *de iure condendo* instrumentos procesales adecuados a la plena naturaleza jurídica individual de los derechos sociales.

Quizá, entonces, sería necesario comenzar justo donde el padre putativo del juicio sobre las leyes en el continente europeo, Hans Kelsen, se había detenido. Para Kelsen, los derechos fundamentales no podían considerarse como 'derechos subjetivos en sentido técnico'⁶¹, ya que no consentirían "hacer valer, mediante una acción judicial, el hecho del incumplimiento en su respecto de la obligación jurídica pendiente"⁶². Y bien, no solo este deber es ahora configurable dentro del legislador, pero –como posible consecuencia que deriva de su incumplimiento o de su mal desempeño– pueden suponerse garantías que sepan dar cuenta de la dimensión individual –por cómo se ha reconstruido anteriormente– de los derechos sociales, sobre todo en términos de efectividad de la tutela jurisdiccional, pero al mismo tiempo no obliguen al juez a transformarse en un legislador 'positivo' y, es más, dejen siempre y en cada momento a las instituciones políticas en sentido estricto la prioridad a la hora de garantizar la justicia social.

Una figura jurídica que, con las cautelas oportunas, podría equilibrar de modo satisfactorio estas exigencias contrapuestas a la de las *astreintes*.

Como es sabido, estas son originarias del derecho francés, tanto civil como administrativo, y representan un medio de *coerción*, pero *indirecto*, de una sentencia de condena –típicamente: de una obligación no fungible– hacia el deudor y la administración pública, respectivamente. En virtud de esta

⁶⁰ La garantía jurisdiccional de la constitución como forma de 'legislación negativa' aparece, como es sabido, con Kelsen: cfr. H. KELSEN, "La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)" en *Id.*, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 172-173.

⁶¹ Cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 157-160.

⁶² H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 167 citado por la versión castellana, Porrúa, cit. p. 156.

caracterización, las *astreintes* tienen una posición *sui generis*, a mitad camino entre el concepto de pena y el de resarcimiento del daño; aun pudiendo ser cuantificadas en función del daño probado o previsible, no constituyen una anticipación del resarcimiento del daño; al mismo tiempo, no es apropiado calificarlas como penas en sentido estricto, porque, a parte de otras cosas, al contrario de cualquier pena pecuniaria, deben ir dirigidas al acreedor y no al Estado. A esto debe añadirse, entonces, que si se dictan contra la administración pública, parece un poco excesivo hablar de ‘pena’ a cargo de un organismo público y, además, a favor de un particular.

Ahora bien, esta naturaleza híbrida las convierte en particularmente idóneas para tutelar los derechos fundamentales –como derechos sociales– los cuales, justo porque requieren una prestación positiva considerable por parte del Estado, no pueden ser garantizados directamente por el juez, ni siquiera indirectamente a través de una pena o un resarcimiento del daño.

Así, puesto que el juez no puede sustituir al legislador a la hora de proporcionar los derechos sociales, de poco serviría reconocerle al primero el poder de ‘constituir en mora’ al segundo (por ejemplo, mediante sentencias monitorias, acompañadas o no de un plazo para su cumplimiento): es una solución que ya se ha experimentado en algunos ordenamientos jurídicos⁶³ que, sin embargo, debido a que puede tener un impacto beneficioso en el debate público, está abocada a carecer de consecuencias prácticas en el caso de que no supongan los medios jurídicos para superar la inercia del legislador⁶⁴. Se podría proponer también –como hemos señalado con anterioridad– una pena ‘política’ (por ejemplo, extinción de la carga; censura, etc.), pero como es sabido, por regla general, no es fácil hacer valer la responsabilidad política de los miembros del Gobierno y, sin embargo, aunque se lograra, el propio individuo no obtendría nada en la propia esfera jurídica⁶⁵. En defini-

⁶³ Por ejemplo, en la constitución portuguesa (art. 283) y en la brasileña (art. 103, § 2).

⁶⁴ Como justamente afirma Ferrajoli (cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. II, cit.*, p. 98). Puede recordarse, de hecho, que previsiones de este tipo, no alcanzan ni siquiera el *status* kelseniano de los derechos fundamentales –de por sí, ya bastante prudente– según las cuales estos no serían más que el derecho “di cooperare alla produzione della norma con cui si annulla la legge incostituzionale e lesiva dell’eguaglianza e delle libertà garantite” (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto, cit.*, p. 168), porque en ese caso, teniendo presente la naturaleza declarativa de la decisión, no se podría hablar propiamente de “producción” de una norma.

⁶⁵ Que la mejor tutela de los derechos individuales no tenga naturaleza política –es decir, que no sea conveniente dejarla solo al legislador–, sino naturaleza jurisdiccional, no es una conciencia reciente, y deriva de la llegada de la democracia de masas, pero representa

tiva, también el resarcimiento del daño es de difícil aplicación práctica y teóricamente incongruente: sería necesario determinar de manera permanente un daño que, en cambio –en el caso de los derechos sociales negados por el legislador– persiste hasta cuando este último no se remedia; y sobre todo admitir que el resarcimiento del daño significaría acceder a una concepción meramente *privatista* de los derechos sociales, que es aún menos apropiada cuanto más se recuerda que la fuente de legitimación de los derechos sociales –en cuanto derechos hacia el Estado– no es contractual, sino auténticamente constitucional.

Las *astreintes* dirigidas al legislador, en cambio, en primer lugar, no serían simples requerimientos, sino medidas plenamente ejecutivas, que sin embargo no influirían en el funcionamiento del órgano llamado a responder, ni desde el punto de vista subjetivo –sobre las personas que componen el órgano–, ni desde el objetivo –sobre la validez jurídica de sus actos y su libertad de acción. En segundo lugar, tendrían una eficacia limitada al caso concreto y no requerirían liquidar de una vez por todas el perjuicio sufrido por el titular, pero podrían basarse fácilmente en los costes que este está obligado a asumir *diariamente* para asumir el derecho social. Configuradas de esta manera, estarían en condiciones de constituir un estímulo contra el legislador –mucho más eficaz si esta acción judicial es presentada por otros individuos que se encuentran en las mismas condiciones– y al mismo tiempo podrían eliminar los efectos de una injusticia social cometida por el legislador al menos hasta cuando este no intervenga positivamente.

Desde este punto de vista, incluso se podría discutir si los jueces naturales de este ‘estímulo’ debieran ser necesariamente los tribunales constitucionales. No hay duda de que, desde que ha recalado en Europa continental

un ‘caballo de batalla’ del liberalismo jurídico de finales del siglo XIX y, en concreto, de la noción de *Rechtstaat* que puede considerarse quizá el ‘código genético’ de cualquier forma de control jurisdiccional sobre los poderes públicos. Véanse, por ejemplo, las siguientes observaciones de uno de los más importantes juristas del derecho público italiano –Vittorio Emanuele Orlando–, que van dirigidas a demostrar la insuficiencia de las garantías políticas de los derechos subjetivos por lo que se refiere a la administración pública y a defender las instituciones de los tribunales administrativos oportunos: “E dato pure che il cittadino sia così fortunato o così influente che un deputato pigli a cuore il suo caso, e ne muova interrogazioni o interpellanze, se è mai visto un Ministero cadere per un argomento simile? E se pure il caso nuovissimo avesse a verificarsi, potrebbe ritenersi certamente che la violazione del diritto individuale non sarebbe che il pretesto di cui si servirebbe una Camera per congedare un Ministro di cui fosse stanca, ma non ne sarebbe mai il vero motivo determinante” (V. E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle gaurentigie della libertà, Ute*, Turín, 1890, p. 974).

la idea de someter el legislativo a control jurisdiccional, este casi nunca ha adoptado una forma 'difusa', es decir, confiado a cada juez. También es cierto, sin embargo, que si este control ha sido reservado a instituciones judiciales especiales y diferentes de la jurisdicción común, se debe también a la conciencia de la amplia discrecionalidad política inherente a esta función y, por esto, al intento de introducir un "privilegio del legislador"⁶⁶ que tenga institucionalmente en cuenta los intereses de los que se hace portador. Por tanto, atribuir a los tribunales constitucionales la competencia de decidir sobre las *astreintes* contra el legislador podría exponer al riesgo de subordinar la tutela de los derechos sociales a una valoración *latu sensu* política, que termina por estropear esa concepción individualista de los derechos sociales que está en la base de la propuesta aquí planteada. Por lo demás, las *astreintes*, en cuanto medios de coerción indirecta, esto es, no subrogatorios de la acción legislativa, no se resuelven en un 'clásico' control de validez de las leyes y, por tanto, no requerirían penetrar en la discrecionalidad política de los parlamentos, cuya defensa constituye la *ratio* de las jurisdicciones constitucionales. Porque ese es el valor de optar por una medida como la que aquí se sugiere: no obligaría al juez a transformarse en un *policy maker*; dejaría al legislador la decisión sobre cuándo y cómo aplicar *en general* los derechos sociales; podría aplicar los parámetros, en un caso concreto, de la lesión legislativa de los derechos sociales, evitando valoraciones genéricas –y por ello generales– *ex ante* de la misma y alejando además las habituales preocupaciones sobre los efectos financieros de la decisión tomada... Pero al mismo tiempo, tendría la ventaja de ejercer una presión enérgica sobre los poderes públicos que los haría más sensibles a la justicia social.

GIOVANNI BISOGNI
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Scuola di Giurisprudenza
Università di Salerno
via Giovanni Paolo II, 132
84084 - Fisciano (Sa).
e-mail: gbisogni@unisa.it

⁶⁶ Como notoriamente se calificó a sí mismo el *Bundesverfassungsgericht* alemán en 1951 (BVerfGE, I, 1951).

SOBRE EL ESTATUTO DE LOS DERECHOS SOCIALES: UNA RELECTURA EN CLAVE NORMATIVA*

*ON THE STATUS OF SOCIAL RIGHTS:
A REREADING THROUGH A NORMATIVE LENS*

SILVIA ZULLO
Università di Bologna

Fecha de recepción: 5-1-16

Fecha de aceptación: 15-3-16

Resumen: *En los últimos años los derechos sociales han vuelto al centro del debate filosófico-jurídico y político como ámbito "privilegiado" de investigación en relación con su efectividad y sostenibilidad, en particular frente a la expansión de la crisis económica y financiera iniciada en el año 2008. Se ha vuelto, así, a discutir sobre la categoría de los derechos sociales como derechos "especiales" que tendrían una constante relación conflictiva con los otros derechos fundamentales, por ejemplo con los derechos de libertad, desde el momento en que los derechos sociales siempre estarían caracterizados por una dimensión prestacional a cargo de los poderes públicos. El objetivo de este trabajo consiste, por el contrario, en reafirmar la fuerza normativa de los derechos sociales, en cuanto que derechos morales "irreductibles" en su estructura y función, dotados de un fundamento común al de los derechos subjetivos que incluye la síntesis de los valores de libertad, igualdad y dignidad. En este sentido no sólo la distinción entre derechos "de libertad" incondicionados y "derechos sociales" condicionados se debe superar, sino que los derechos sociales resurgen hoy con fuerza como instrumento "privilegiado" para hacer frente al drástico aumento de las desigualdades económico-sociales y de la tasa de pobreza.*

Abstract: *In recent years, in the context of the economic and financial crisis initiated in 2008, social rights have once more gained centre stage in legal philosophical and political debates as a 'privileged' area of investigation in relation to their effectiveness and sustainability. The discussion has thus turned to the notion*

* Traducción del italiano de Mónica Granell.

of social rights as “special” rights, revealing themselves as standing in conflict with other fundamental rights, such as the basic freedoms. In this view, social rights are understood as moral rights entailing a duty of public bodies to deliver a corresponding service. In this article I argue, by contrast, that social rights are endowed with a normative force, in that in their function and structure they share with the other set of rights a foundation consisting in merging the principles of freedom, equality, and dignity. In this sense, we not only have to move beyond the distinction between unconditional rights to freedom and conditional social rights, but we ought to also recognize that the latter are now powerfully emerging as an essential tool with which to tackle the alarming scenario of growing economic social inequalities and the increasing rate of poverty.

Palabras clave: derechos morales, derechos sociales, enfoque de las capacidades, agencia humana, desigualdad

Keywords: moral rights, social rights, capabilities approach, human agency, inequality

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, los derechos sociales han vuelto a ser tan “invocados” como “procesados” en el contexto de la actual crisis económica y de los “esfuerzos” de las democracias por identificarse con valores como la igualdad (sustancial) y la solidaridad social.

En este texto se pretende dirigir la mirada hacia el terreno normativo y hacia las modalidades que hacen valer, y sobre todo confirman, la fuerza normativa de los derechos sociales, en cuya base existen *buenas razones* que justifican, antes que cualquier otra conceptualización, el estatuto moral de los derechos “de amplia perspectiva”, es decir, *derechos morales* merecedores de tutela jurídica. Es algo universalmente reconocido que los derechos sociales tienen como objeto la tutela de la libertad, intereses, bienes y necesidades fundamentales, pero resulta bastante problemático comprender la idea de indivisibilidad con los otros derechos, en concreto con los civiles y políticos, la efectividad, el funcionamiento y la peculiaridad de la configuración jurídica, incluyendo el carácter prestacional de estos derechos dentro del Estado social y constitucional¹. En este análisis no se quiere examinar con detalle

¹ Cfr. H. SHUE, *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, Princeton, 1996; T. H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, Pluto Press, Londres, 1992, trad. it. *Cittadinanza e classe sociale*, Laterza, Roma-Bari, 2002; A. PINTORE,

cada uno de estos aspectos, dada la complejidad y la amplitud que requeriría cada tema. Por lo tanto, dejando a un lado los aspectos más técnicos vinculados a la *juridificación* de estos derechos, nos limitaremos a subrayar el planteamiento central de algunas cuestiones teóricas inherentes al fundamento de los derechos sociales como derechos morales, y examinaremos algunas declinaciones normativas necesarias para respaldar una teoría de los derechos sociales como expresión de las instancias de justicia social. Sobre este último punto, será necesario mostrar las razones que se alegan para dar consistencia a la formulación de una teoría de los derechos sociales no sólo como derechos morales merecedores de tutela y protección jurídica, sino también desde la óptica de una reducción de las desigualdades o, mejor dicho, desde la perspectiva de oposición a las desigualdades “inaceptables” que pueden llegar a socavar la integridad de nuestro compromiso democrático y que requieren la puesta en marcha de instrumentos normativos, legislativos, judiciales y administrativos apropiados.

Entre los perfiles vinculados a la tematización de los derechos sociales, como ya se ha dicho, se analizará predominantemente el normativo, que versa sobre el discurso de los derechos morales comúnmente calificados como exigencias reclamadas ante el ordenamiento jurídico positivo, el Estado y las instituciones, y que, como tales, no representan el producto de una legislación, sino que persisten incluso más allá de lo fijado por la ley, definiendo los límites de lo que es moralmente admisible para la actuación humana.

Los derechos sociales, en este texto, se determinan dentro de la categoría de los derechos morales, es decir, a un nivel que precede su conversión en derechos fundamentales en el plano positivo, y forman parte de un debate filosófico que se desarrolla en un plano pre-jurídico necesario para comprender el carácter no condicionado de estos derechos (*unconditional social rights*). A este nivel, la conocida definición de estos derechos como “derechos condicionados” (*conditional rights*) se contrapone a que sean derechos morales en cuanto *pretensiones morales* merecedoras de reconocimiento en el plano jurídico (piénsese en el derecho a la salud o en el derecho a la educación). Aquí, el nivel de análisis tiene que ver con el estatuto de los derechos “mora-

“Diritti insaziabili” en L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cargo de E. VITALE, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 179-200.

Puntualizamos que la primera parte de este trabajo se inspira en los análisis contenidos en el primer capítulo del volumen de S. ZULLO, *La dimensione normativa dei diritti sociali. Aspetti filosofico-giuridici*, Giappichelli, Turín, 2013.

les" sociales, muy a menudo entendidos sólo como objetivos que se desean conseguir (*statements of desirable goals*), respecto a los que el Estado social de derecho tiene la obligación de decidir si, y en qué medida, garantiza su aplicación². Desde este punto de vista, los derechos morales podrían ser atribuibles a posiciones de tipo iusnaturalista y neoconstitucionalista, en cuanto derechos que preceden al derecho positivo y desde el momento en que no deben su existencia al hecho de ser reconocidos por el ordenamiento³, como ocurre con los derechos jurídicos. A este respecto, Joel Feinberg, referencia "clásica" en el estudio de los derechos morales, pone el acento en la no juridicidad de los derechos morales⁴, clasificándolos como pretensiones morales válidas (*morally valid claims*) atribuibles a cuatro significados principales: un derecho moral puede ser un derecho convencional, derivado de usos y expectativas establecidos, que sean más o menos reconocidos por la ley (por ejemplo, el derecho de una mujer mayor al asiento ocupado por un joven en el autobús); un derecho ideal, que no es necesariamente un derecho real, sino más bien lo que debería ser un derecho positivo institucional o convencional; un derecho de conciencia cuya validez es demandada no (necesariamente) por reglas o convenciones reales o ideales, sino por los principios de una conciencia individual ilustrada; un derecho de ejercicio no es en absoluto un derecho en sentido estricto, aunque se le denomine así en el uso corriente, es simplemente la justificación moral del ejercicio de un derecho de cualquier otro tipo, que sigue estando en posesión de un persona independien-

² Sobre la distinción entre derechos de libertad y derechos sociales, se remite a N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Turín, 1990, p. 13. Para una breve historia de los derechos sociales, cfr. A. BALDASSARRE, "Diritti sociali", *Enciclopedia giuridica*, vol. 11, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, pp. 1-3.

³ Cfr. C. S. NINO, *Derecho, moral y política*, 1994, trad. it. *Diritto, morale e politica*, Giuffrè, Milán, 1999; S. POZZOLO, "Note su Derecho, moral y política di Carlos S. Nino" en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (coords.), *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Turín, 1998, pp. 119-144; J. WALDRON, "A Right to do Wrong", *Ethics*, núm. 92, 1981, pp. 21-39, reimpreso en J. WALDRON, *Liberal Rights: Collected Papers (1981-1991)*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993; J. RAZ, "Legal Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 4, 1984, pp.1-21, reimpreso en *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 238; B. CELANO, "Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 1, 2005, p. 162.

⁴ J. FEINBERG, *Social Philosophy*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1973, trad. it. *Filosofia sociale*, il Saggiatore, Milán, 1996, pp. 149-50. Feinberg afirma que cuando se discute sobre los derechos morales se refiere a un derecho genéricamente moral, sin más especificaciones, o a un derecho con uno de estos cuatro significados específicos.

temente de consideraciones sobre la corrección moral⁵. Feinberg afirma que un derecho moral existe antes o independientemente de las normas jurídicas o institucionales, y el uso característico de los derechos se resuelve al ser pretendidos (*claimed*), demandados, afirmados y reivindicados: tener derechos significa formular una pretensión, pero es el acto de reivindicar lo que confiere a los derechos su significado moral específico⁶.

En línea con el pensamiento de Feinberg se asumirá, en este texto, que los derechos morales y las normas jurídicas corresponden a dos ámbitos diferentes de la normatividad y que, por tanto, no están en condiciones de encontrarse en un plano lógico, ni de negarse recíprocamente⁷.

La distinción anglosajona entre derechos morales y derechos jurídicos, como escribe Francesco Viola,

non deve essere intesa puramente e semplicemente come una distinzione tra due tipi diversi di diritti [...] In realtà, si tratta di due modi di considerare i diritti: o dal punto di vista della loro inerenza in un soggetto, cioè come un aspetto del suo valore intrinseco, oppure dal punto di vista della tutela che un soggetto riceve dalla società[...] Nella cultura giuridica anglosassone[...] il fatto che i soggetti abbiano a disposizione certe forme di tutela non è il fondamento dei diritti, ma semmai il segno del loro riconoscimento da parte della società⁸.

Este perfil deber ser considerado en relación con el hecho de que la tradición de los derechos subjetivos se sitúa en las raíces más profundas del desarrollo del concepto de derechos humanos, el tipo privilegiado de los derechos humanos que, de alguna manera, representan el marco normativo de

⁵ Quizá, como en el caso L. W. Sumner, los derechos morales son considerados *derechos convencionales moralmente justificados*, es decir, derechos que obtienen validez y justificación del vivir social, por lo que la posesión de un derecho moral depende de la posibilidad de justificar moralmente el derecho convencional que le corresponde. Cfr. L. W. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1987.

⁶ J. FEINBERG, *Filosofía social*, cit., pp. 114-120.

⁷ Cfr. A. K. SEN, "Legal and Moral Rights: Old Questions and New Problems", *Ratio Juris*, núm. 2, 1996, p. 155; J. FEINBERG, "In Defense of Moral Rights: their Bare Existence" en *Id.*, *Freedom and Fulfillment: Philosophical Essays*, Princeton University Press, Princeton, 1994, pp. 210-212; C. WELLMAN, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer, Dordrecht, 1997.

⁸ Cfr. F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 259-260.

los derechos sociales⁹. El filósofo Hillel Steiner ha recurrido a la feliz imagen de los derechos morales como paquetes de acciones moralmente prescriptivas guiadas por los principios de justicia, de forma que los derechos morales representarían la afirmación de las instancias de justicia¹⁰. A este respecto, aunque se entenderá mejor a lo largo del texto, y si se pueden definir los derechos sociales como instancias morales de justicia social, parecería plausible destacar que la imposibilidad de ejercer un derecho social se sitúa plenamente en el contexto de las violaciones de los derechos morales, y por tanto no sólo en el de las condiciones de imposibilidad debidas a la falta de los recursos necesarios para el ejercicio real de esos derechos, en cuanto “derechos a prestaciones positivas”¹¹. Si el sistema de *welfare* es el instrumento que las sociedades democráticas de los siglos XIX y XX han adoptado para tutelar los derechos, en concreto para proteger a los sujetos más débiles y vulnerables, los “derechos morales sociales” representan el marco normativo de las precondiciones necesarias para el desarrollo humano y para el mantenimiento de un régimen democrático. Este aspecto implica la *enforceability* de los “derechos morales sociales”, de los que se considera plausible avanzar hacia una teoría de los derechos en condiciones de tutelar las libertades y los intereses de varios agentes morales y hacer que estos sean respetados y tenidos en consideración racionalmente¹². La cuestión gira en torno al problema del peso normativo de los derechos sociales que, a nivel político e institucional, encuentran incluso hoy en día serias dificultades de tutela y garantía, ya que tales derechos

[...] vengono declassati a semplici esigenze politiche oppure a rivendicazioni morali che, nonostante il fatto di essere state inserite in norme giuridiche, non arrivano a trasformarsi in veri e propri diritti.

⁹ Cfr. R. G. MANRIQUE, “Los derechos sociales como derechos subjetivos”, *Derecho y Libertades*, núm. 23, 2010, pp. 73-105.

¹⁰ Cfr. H. STEINER, “The Structure of a Set of Compossible Rights”, *The Journal of Philosophy*, núm. 23, 1977, pp. 767-775; R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1994, trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bolonia, 2012, caps. IV, V, VI; C. S. NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, p. 368.

¹¹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, cap. XI.

¹² Cfr. B. DE MORI, *Diritti morali ed etica normativa. Tra deontologismo kantiano e consequenzialismo utilitarista*, cit., pp.31-61. Cfr. J. RAZ, *The Concept of a Legal System*, Clarendon Press, Oxford, 1970; N. E. SIMMONDS, “Rights at the Cutting Edge” en M. H. KRAMER, N.E. SIMMONDS, H. STEINER, *A Debate Over Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

[...] questa posizione è ideologica e deriva dai pregiudizi di una tradizione in cui l'interesse privato viene considerato come il motore dell'agire dell'uomo, e in cui viene messo in dubbio il ruolo dei poteri pubblici come protagonisti dell'assistenza sociale per mezzo di azioni positive rivolte a tutte le persone che non sono in grado di raggiungere da sole i minimi livelli di umanizzazione, e che non potrebbero realizzare, senza questo aiuto, la loro condizione umana¹³.

Si esto permite declarar la legitimidad de todas las acciones encaminadas a la activación de las garantías de desarrollo socioeconómico para hacer exigibles los derechos sociales, no considera admisible, sin embargo, subordinar el objetivo de la tutela de estos derechos al del crecimiento económico y, por tanto, limitar las garantías normativas de naturaleza social, como el acceso a los recursos sanitarios de base, en razón de la reducción del gasto público y con el objetivo de incrementar los procesos de desarrollo que puedan permitir la sostenibilidad de estos derechos posteriormente, es decir: menos derechos hoy en día para tener más desarrollo que permitirá más derechos en el futuro. Sobre la relación entre el desarrollo y los derechos en este texto, se hará referencia explícita a la posición de Amartya Sen y, más en general, al paradigma del desarrollo humano que se inspira en su obra¹⁴. La democracia es condición previa al desarrollo de las libertades reales de todo individuo, dice Sen, y la promoción de los derechos es un factor productivo que contribuye a la estabilidad política y económica y, en este sentido, los derechos morales sociales son derechos con el fin de reducir la injusticia y la desigualdad, y promover nuevas formas de vivir las relaciones sociales de una manera sostenible. El objetivo de este texto es, por tanto, confirmar la fuerza de las razones teóricas relacionadas no solo con el ámbito de la justicia, sino también con el de la acción individual y los planes de vida, como fundamento moral irreductible de la categoría de los derechos sociales, y fundamento común al de los derechos subjetivos, que comprende en su interior la síntesis entre los valores de libertad, igualdad, dignidad, solidaridad y ciudadanía¹⁵.

¹³ G. PECES-BARBA MARTINEZ, "Diritti sociali: origini e concetto", *Sociologia del diritto*, núm. 1, 2000, pp. 33-50.

¹⁴ Cfr. A. K. SEN, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Mondadori, Milán, 2001.

¹⁵ Cfr. T. CASADEI, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze University Press, Florencia, 2012, p. 30.

2. DE LOS DERECHOS MORALES A LOS DERECHOS SOCIALES

A Feinberg se le debe, como ya hemos visto, la utilización de la expresión “pretensiones moralmente válidas”, con la que subraya cómo el acto de *pretender es un acto performativo*, por el que uno se siente “en derecho” de crear expectativas sobre los demás y, en este sentido, los derechos son pretendidos solo por aquellos que los tienen. Desde este punto de vista, Feinberg muestra, además, que el concepto de pretensión válida cobra mayor fuerza si se asocia a las necesidades humanas de base, es decir, a pretensiones *prima facie*, como lo son los derechos humanos, aunque no en todos los casos estas pretensiones pueden ser tratadas plausiblemente como pretensiones válidas, es decir, como razones para obligar a terceros¹⁶. Las pretensiones basadas solo en la necesidad, dice Feinberg, son

[...] “possibilità permanenti di diritti”, il seme naturale dal quale crescono i diritti. Gli estensori di manifesti sono facilmente perdonati per il fatto di parlarne come se fossero già diritti reali, perché si tratta solo di un modo eloquente di esprimere la convinzione che simili pretese dovrebbero essere riconosciute dagli stati come diritti potenziali e di conseguenza come fattori determinanti delle aspirazioni attuali e come guide delle politiche attuali. Questo uso, penso è un valido esercizio di licenza retorica.[...] Un uomo ha un diritto giuridico quando il riconoscimento giuridico della sua pretesa (come valida) è imposto dalle regole in vigore. Naturalmente è difficile che questa definizione si applichi ai diritti morali, non perché il genere del quale i diritti morali sono una specie sia qualcosa di diverso dalle pretese. Un uomo ha un diritto morale quando ha una pretesa il cui riconoscimento è imposto non (necessariamente) da regole giuridiche, ma da principi morali, o dai principi di una coscienza illuminata¹⁷.

Las líneas de caracterización deontológica y normativa de los derechos antes mencionadas son fundamentales para el estudio de los derechos sociales, que tienen que ver con los poderes públicos, las necesidades y los intereses primarios de los individuos. Los derechos sociales parecen, por una parte, “pretensiones de justicia primarias” dirigidas a solicitar acciones positivas concretas por parte del Estado y, por otra, “derechos subjetivos con un

¹⁶ Cfr. J. FEINBERG, “The Social Importance of Moral Rights”, *Philosophical Perspectives*, núm. 6, 1992, pp. 175-198.

¹⁷ J. FEINBERG, *Filosofía sociale*, cit., pp. 115-119.

carácter indirectamente liberal” porque, garantizando la libertad real también dan sentido, indirectamente, a la libertad formal: el mínimo de libertad factual que los derechos sociales garantizan es entendido como un prerrequisito de la capacidad de actuación de los individuos, una especie de libertad real que no podría existir en ausencia de su postulación formal, dada, en este caso, por la irreductibilidad del origen normativo de los derechos.

Desde esta perspectiva, una cuestión normativa constitutiva está representada por la tesis de la correlatividad entre derecho y obligación o, mejor dicho, por la comprensión de si los derechos, en este caso los “derechos morales sociales”, son algo más que el reflejo de los deberes, como plantearía la teoría de Hohfeld¹⁸. Como es sabido, la tesis de la correlatividad hoy en día ha sido abandonada en gran parte dentro de la teorización sobre los derechos subjetivos, ya que se ha comprendido que los derechos son fenómenos más complejos, son *entidades moleculares*, y la presencia de una obligación correspondiente es sólo una de las posibles modalidades con las que se puede presentar un derecho. Los derechos –y aún más los derechos fundamentales– son conjuntos de posiciones subjetivas orientadas a la protección de un cierto interés. Así pues, puede tener sentido decir que estamos en presencia de un derecho aunque no esté identificado con precisión el sujeto sobre el que recaen las obligaciones y las otras posiciones correspondientes. En consecuencia, los derechos pueden ser principios morales y razones centrales para justificar los deberes, pero no encuentran necesariamente su origen en ellos, aunque, a pesar de los límites, el trazado de relaciones lógicas entre conceptos diseñado por Hohfeld puede ser utilizado como un mapa para comprender las relaciones entre las mismas estructuras normativas declinadas en el ámbito moral¹⁹. De ahí se deriva que todo derecho moral entendido como “conjunto molecular” está constituido por un núcleo (*core*) y un conjunto de

¹⁸ Cfr. W. N. HOHFELD, “Alcuni concetti giuridici fondamentali nella loro applicazione al ragionamento giudiziario. I” (1913) en *Id.*, *Concetti giuridici fondamentali*, Einaudi, Turín, 1969. La reanudación en un ámbito analítico de los trabajos de Hohfeld ha mostrado algunos estudios muy interesantes sobre las relaciones prescriptivas inherentes a la clasificación hohfeldiana. Entre estos se destacan: C. WELLMAN, *A Theory of Human Rights: Persons under Laws, Institutions, and Morals*, Rowman and Allenheld, Nueva York, 1985; L. W. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, cit.; M. H. KRAMER, “Rights Without Trimmings” en M. H. KRAMER, N. SIMMONDS, H. STEINER, *A Debate over Rights: Philosophical Enquiries*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 7-111.

¹⁹ Cfr. H. L. A. HART, “Legal Rights” (1973) en *Id.*, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and political Theory*, Clarendon, Oxford, pp. 171-173. A Wellman se le debe, en cambio, la distinción entre el *core* y los *associated elements* de todo derecho, cfr. C. WELLMAN,

más posiciones que funcionan como un perímetro de protección, donde el *core* del derecho es solo una parte del mismo. Para comprender lo que requiere el ejercicio de ese derecho, o si el derecho ha sido violado, es necesario conocer el “perímetro de protección” del propio derecho, aunque el *core* consiste en lo que normalmente es requerido por la tutela del interés sustancial que justifica ese derecho²⁰. El conjunto molecular hohfeldiano se muestra útil para aprovechar las dinámicas internas de la estructura de los “derechos morales sociales” en cuanto derechos por los que las posiciones hohfeldianas se vuelven agregables por razones contingentes que pueden ser dictadas por prácticas sociales, agendas políticas o, incluso, razones morales.

Como hemos dicho, a través de esta clasificación, los derechos morales pueden ser investigados como conjuntos moleculares de pretensiones, permisos, poderes o inmunidades, y en cada una de estas acepciones son derechos con una naturaleza moral, es decir, van dirigidos a asegurar una cierta libertad de elección, o a tutelar un interés, etc., enmarcados dentro de una especie de “perímetro conceptual” dictado por la teoría hohfeldiana²¹. Aquí se da a entender lo problemático de la correlación lógica entre derechos y deberes, es decir, de la posibilidad de reducir los derechos a los deberes. Si Hohfeld había concluido que sólo las pretensiones de tipo jurídico son plenamente derechos, que implican ciertas relaciones jurídicas, Feinberg, en cambio, plantea un intento convincente más en el plano de los derechos morales, definiendo un derecho en términos de más deberes, a partir del hecho de que para los derechos morales pueden servir las mismas relaciones asociadas a los derechos jurídicos. Hohfeld ha demostrado que todo *legal claim* implica necesariamente un *legal duty* correlacionado, menos para la libertad, cuyo correspondiente deber consiste en la ausencia de un deber contrario a la libertad. Sobre este aspecto, Feinberg ha argumentado que todo intento de reducir los derechos (morales) a los deberes llevaría consigo una pérdida de atención sobre la persona que reivindica el derecho, como Hart, que afirmaba que el titular del derecho debe ser tomado en consideración como tal y no como beneficiario o destinatario de los deberes. Los derechos, por

The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?, Westview Press, Boulder (CO), 1999, pp. 8-9.

²⁰ Cfr. J. WALDRON, “Rights in Conflict” (1989) en *Id.*, *Liberal Rights. Collected Papers (1981-1991)*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993.

²¹ Cfr. R. HARE, *Moral Thinking. Its Levels, Method, and Point*, Oxford University Press, Oxford, 1981, pp. 149-15; H. STEINER, “Moral Rights” en D. COPP (ed.), *The Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 459-479.

tanto, serían algo más que una reducción a los deberes que comportan, de lo contrario resultaría redundante o superfluo reclamar un derecho después de haber cumplido el deber que implica, justo porque lo que en realidad caracteriza un derecho es su *función* de generar decisiones, elecciones o procesos de control para prevenir o resolver conflictos entre los miembros de una comunidad. Desde esta perspectiva, un enfoque funcionalista de los derechos (morales), como el que pone en práctica C. Wellman, es compatible, en cuanto pone de relieve que en el centro de un derecho se encuentra la función de tutelar un interés reconocido y, por tanto, protegido por una norma jurídica, ya que los derechos sin tutelados por parte de la sociedad solo son “derechos sobre el papel”²². Y respecto a la teoría general de los derechos, en concreto respecto a los derechos negativos, Wellman subraya el *gap* lógico que caracteriza los derechos positivos, debido a la diferencia entre el contenido de estos derechos y la definición de los deberes que comportan, entre el contenido del *claim-right* y la implicación práctica en términos de deberes que se ponen práctica en una circunstancia determinada. Esto significa que la teoría hohfeldiana, por una parte, es útil para esclarecer las implicaciones prácticas de todo derecho, porque el contenido de cualquier libertad, pretensión, poder o inmunidad está definido en términos de ciertas acciones específicas, pero por otra parte está limitada porque, al aplicar cada elemento hohfeldiano a una situación concreta, hay un *gap* lógico entre la definición del contenido y su implicación en el plano práctico. Wellman destaca, entre las causas de este *gap*, la dificultad de identificar a los “portadores” de deberes como el Estado, un particular y otros individuos, de modo que un derecho puede ser ejercido de diversas maneras respecto a los diferentes deberes asumidos e interpretados por estas “segundas partes”. El argumento que hace derivar los derechos (morales) humanos de las necesidades primarias universales en cuanto necesidades fundamentales del individuo, y no simples deseos o intenciones que dan origen a derechos, se explica, según Wellman, en la crítica por la que al asumir esta perspectiva no se presta suficiente atención a la identificación del *duty-bearer*, es decir, a la “parte” sobre la que recaen las obligaciones vinculadas a la sostenibilidad de estos derechos. Para poner remedio a esta dificultad, siguiendo la idea de Wellman, los derechos morales humanos como derechos sociales son derechos que se poseen por ser miembros de una sociedad, más que por la urgencia de satisfacer necesidades fundamentales.

²² Cfr. C. WELLMAN, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, cit., pp. 1-48.

Desde esta perspectiva, es necesario preguntarse, según Wellman, qué tuteladas son particularmente apropiadas en una sociedad concreta, especificando para cada derecho tres aspectos: quién posee el título, quién es la “segunda parte” hacia la que se reclama el derecho y quiénes son las “terceras partes” en posición de apoyar a la primera parte, o intervenir, en cualquier posible conflicto con la segunda parte. Generalmente son las terceras partes las que deben garantizar las tuteladas sociales de las que tiene necesidad la verdadera naturaleza de cualquier derecho, que se solicitan para cumplir la función esencial de ese derecho, es decir, la función de conferir autonomía al titular del derecho sobre cualquier segunda parte resistente. La tutela jurídica de un derecho, entendido como derecho moral, está representada en primera instancia por el Estado como tercera parte que, con su papel, interviene como única forma de protección estatal. En el caso de los derechos morales sociales, el Estado representa tanto la segunda como la tercera parte y esto revela la complejidad implícita en los mecanismos de garantía de esos derechos, para los que, por una parte, surge la exigencia de proteger el derecho del individuo al *Welfare State* de las formas de violación y, por otra, existe el deber del Estado de poner en práctica tuteladas para garantizar el ejercicio de ese derecho. Esta dificultad que pone de relieve Wellman, se revela de sumo interés para comprender la naturaleza especial y la estructura de los derechos sociales²³. La conexión de estos derechos con las “pretensiones” de justicia social, aunque se coincida con Wellman en el hecho de que no necesariamente los derechos morales derivan de teorías de la justicia social, permite justificar, conforme a lo mostrado por Feinberg, la naturaleza de un *valid claim* como demanda de justicia “devida”. En un momento dado, Wellman reconoce que los derechos constitucionales deben incorporar derechos morales como el desarrollo y el acceso al *Welfare State*, y esto constituye una justificación moral suficiente para hacer que los derechos morales sociales sean “tomados en serio”, como están decretados en la *United Nations International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (1966), a la luz de la teoría general de los derechos.

Si se aplica todo cuanto se ha dicho al esquema de los derechos sociales, como el derecho a la educación, a la salud o directamente a la mera subsistencia, se ve que se trata de derechos que no identifican un destinatario preciso y, en primera instancia, no instituyen ningún deber. Sin embargo, estos derechos pueden ser reivindicados plenamente por parte de un sujeto

²³ Cfr. C. WELLMAN, *Real Rights*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 1995.

titular de los mismos, teniendo que ver con un *core* irreductible inherente a la dimensión y al valor individual de la existencia. Sería mejor decir que la justificación, o el fundamento sustancial, de esos derechos como “pretensiones moralmente válidas” está dictada principalmente por la noción de *dignidad humana*, a la que se acercan las instancias de igualdad sustancial y solidaridad social. Estos últimos son, en efecto, los principios básicos de los derechos sociales que a menudo aparecen en la doctrina y en las reconstrucciones corrientes. Desde esta perspectiva, los derechos sociales serían derechos a prestaciones públicas (solidaridad) orientados a evitar que cualquier circunstancia material o existencial (salud, indigencia, desempleo, etc.) impida el pleno desarrollo de la persona humana y su participación en la vida social en libertad e igualdad. Esto, como es sabido, es coherente con la idea de que los derechos sociales resultan funcionales para asegurar la libertad a través del Estado. En base a esta definición, por tanto, los derechos sociales siempre se caracterizarían por un aspecto prestacional dentro de los sujetos públicos y de una aspiración igualitaria en el sentido de la neutralización de desigualdades particulares. En consecuencia, el derecho a la educación, a la salud, al trabajo, son entendidos como derechos sociales a recibir prestaciones públicas con el fin de reducir al máximo las desigualdades en estos sectores. Como se verá a lo largo del texto, este aspecto debe ser reconducido necesariamente al origen normativo de los derechos (morales) sociales centrado en la *human agency* como criterio de identificación estructural de esos derechos, que es algo muy distinto del carácter meramente prestacional.

3. LOS DERECHOS SOCIALES ENTRE DEFINICIÓN Y ESTRUCTURA

Aunque aún haya quien siga defendiendo el argumento de la conflictividad entre derechos de libertad y derechos sociales, debida al hecho de que los derechos sociales a diferencia de los primeros son derechos con un carácter prestacional, en la literatura filosófico-jurídica y política contemporánea prevalece, por lo general, la idea de que no existe un conflicto real. Al contrario, los derechos sociales servirían para hacer más efectivos los derechos de libertad. Sin embargo, se puede decir que los argumentos más recurrentes adecuados para desacreditar el estatuto de los derechos sociales tienden a confundir el aspecto estructural, reconducible a su origen normativo, con la definición de esos derechos que gira principalmente en torno a la cuestión de que están conectados a una obligación no claramente definida que los convierte en

derechos “no justiciables”. De esta forma se vuelve a proponer, basándose en diferencias estructurales *afirmadas*, el intento de restablecer una jerarquía axiológica entre derechos de libertad y derechos sociales²⁴. Pero la cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales, que en el plano normativo no compromete el *core* de ser derechos morales, puede enmarcarse mejor en términos hohfeldianos. De hecho, si se configuran –como hemos visto un poco más arriba– los derechos como complejas agrupaciones de posiciones subjetivas, entonces la posibilidad de recurrir a juicio no puede ser considerada un elemento definitorio del derecho subjetivo en sí, sino un elemento que concierne al “perímetro de protección” del derecho, es decir, es una de las posiciones subjetivas prácticas para la protección del interés que subyace al derecho. En consecuencia, ese poder, en teoría, también puede estar ausente, sin que esto determine el agotamiento del derecho subjetivo. En definitiva, en relación con el elemento de la prestación que estaría presente en los derechos sociales y ausente en los derechos de libertad, el argumento estándar recurrente es el que sigue: el disfrute de los derechos de libertad depende sólo del ejercicio, libremente transferido a la iniciativa del titular del derecho; por el contrario, el disfrute de los derechos sociales requiere una intervención activa por parte del Estado. De ello se desprende que los derechos sociales tienen una naturaleza programática, es decir, que un derecho social no existe, o al menos no se puede disfrutar, hasta que el Estado no predispone las medidas normativas y presupuestarias que integran las obligaciones correspondientes. Además, el disfrute de los derechos sociales, a diferencia de los derechos de libertad, requiere un coste a cargo de la colectividad. Ahora, en cuanto al primer aspecto, no es necesariamente así, como ha afirmado en repetidas ocasiones Feinberg: un derecho existe aun cuando la obligación correspondiente (o algunas de las obligaciones correspondientes) no estén determinadas con precisión. En cuanto al segundo aspecto, también los derechos de libertad requieren un aparato público y costoso tanto para su tutela como para su disfrute, y de manera más general, incluso la violación de un derecho supone un coste, al menos desde el punto de vista del titular del derecho.

Por lo tanto, todos los derechos tienen aspectos “negativos”, en el sentido que requieren una abstención por parte del Estado, y “positivos”, en el

²⁴ C. COURTIS, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social” en M. CARBONELL SANCHEZ (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007; G. PISARELLO, A. GARCÍA MORALES, A. OLIVAS DÍAZ (eds.), *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009.

sentido que requieren intervenciones positivas por parte del Estado, y todos los derechos requieren aparatos públicos para su protección. Además, muchos derechos sociales, además de tener un valor en sí mismos, también sirven para hacer efectivo el disfrute de las libertades, de modo que, detrás de su configuración global, se ocultan muy a menudo definiciones engañosas.

La idea de la indivisibilidad de los derechos, por el contrario, frustra la posibilidad de una jerarquía axiológica reafirmando tanto la interdependencia entre derechos como la realidad multidimensional, moral y jurídica, que caracteriza una teoría de los derechos²⁵. Por otra parte, la propia *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (2000), aun sin determinar ningún tipo de relación específica entre los derechos y renunciando a la definición de las modalidades para su salvaguardia, ha identificado un completo catálogo de los derechos sociales eliminando las distinciones tradicionales entre derechos fundamentales y los que no lo son, es decir, entre derechos civiles y políticos, sociales y económicos. Si se piensa que todos los derechos contenidos en la Carta giran en torno a seis categorías de valores fundamentales (dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia), esto nos lleva a situar todos los derechos fundamentales en el mismo nivel. Tanto es así que, en este contexto, la indivisibilidad de los derechos se ha interpretado como un paso hacia adelante. A pesar de esto, como se sabe, las consecuencias teóricas y prácticas de dicha equiparación plantean desafíos de largo alcance dada la “referencia móvil” al derecho comunitario, la legislación y las praxis nacionales por lo que respecta al poder de dictar los límites de los derechos incluidos en el Carta, poder que termina por asignar a los tribunales el papel decisivo de la determinación de los derechos de acuerdo con el criterio jurisprudencial de “proporcionalidad”, imponiendo además un diálogo complejo entre los tribunales y la legislación²⁶.

En vista de lo anterior, parecería que la dimensión teórica y moral, inherente al fundamento de los derechos sociales, esté dotada con los requisitos previos necesarios para su conversión en un nivel práctico y jurídico, para lograr una condición óptima de certeza y “facticidad” que permita garantizar lo que está bien y lo que es debido para la realización de los intereses y

²⁵ Cfr. F. J. ANSUATEGUI ROIG, *Rivendicando i diritti sociali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 2014, pp. 39-43.

²⁶ Cfr. E. PACIOTTI, “La carta: i contenuti e gli autori” en VV. AA., *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001; G. BISOGNI, “Profilo storico-concettuale della giurisprudizione moderna”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 16, 2011, pp. 35 y ss.

planes de vida. En realidad, resulta algo problemático y las principales dificultades de la conversión desde el plano teórico al efectivo se deben a una “zona gris” en la que el aspecto estructural, estrechamente relacionado con la dimensión sustancial de los derechos sociales, coincide con la búsqueda de las razones necesarias y/o suficientes para que un derecho sea reconocido como tal en el plano normativo. Desde este punto de vista, la concepción dinámica de los derechos, y las razones morales, jurídicas y políticas que llevan a apoyar ciertas perspectivas justificativas a pesar de otras²⁷, ocupan un lugar destacado en el debate contemporáneo.

La concepción dinámica de los derechos, en la versión contemporánea de la *interest theory*, se presenta como uno de los presupuestos más sólidos para apoyar una pretensión de validez del reconocimiento de los derechos sociales. Desde esta perspectiva, decir que existe un derecho equivale a decir que un cierto interés se considera suficientemente importante como para justificar la atribución a alguna persona de una serie de posiciones hohfeldianas (pretensiones, libertades, inmunidades y poderes), y para imponer a otra las posiciones correlativas idóneas para promover y tutelar ese interés. Sin embargo, en el concepto de interés, el elemento justificativo, es decir, el interés sustancial que justifica un conjunto de posiciones hohfeldianas, puede hacer que la relación entre el interés sustancial y el derecho no sea lineal, ya que no hay una sola forma en la que un interés pueda ser aplicado y protegido, pero sí que hay diferentes combinaciones de posiciones idóneas para la persecución del objetivo. En este sentido, la justificación de un derecho mediante la promoción de un interés es el resultado de un proceso articulado, en el que entran en juego elementos complejos, como la creación de deberes y la aplicación de formas para equilibrar los intereses. Este hecho, sin embargo, crea muchos problemas a los defensores de una línea pura de los derechos, se-

²⁷ Cfr. M. H. KRAMER, N. SIMMONDS, H. STEINER, *A Debate Over Rights*, cit. El debate acerca de la función de los derechos se desarrolla a través de diferentes posiciones normativas, unidas por la postura que considera indispensable la teoría hohfeldiana (Kramer, Simmonds y Wellman), aunque algunos pensadores consideran que solo es un punto de partida (Sumner, Raz y MacCormick). Wellman, por ejemplo, apoya el axioma de la correlatividad, que juzga de importancia fundamental para justificar la función de los derechos como capacidad de conferir autonomía y control al titular, a través de la imposición directa de deberes. Raz y MacCormick, sin embargo, formulan un vocabulario alternativo al axioma de la correlatividad, como el desarrollado por Hohfeld, y proponen un equilibrio de intereses del que hacer derivar los deberes que no estarían directamente relacionados con los derechos y, por lo tanto, susceptibles de ser encajados en la rígida teoría analítica de los conceptos jurídicos constitutivos del vocabulario de los derechos.

gún los cuales los derechos sociales contribuyen al fenómeno de la inflación de los derechos porque cualquier pretensión e interés puede llegar a ser un derecho²⁸.

El argumento por el que, muy a menudo, se establece que no existe un derecho humano al *welfare* (educación, un nivel de vida digno, atención médica, empleo, etc.), ya que estos bienes no se pueden garantizar a todos los individuos, sobre todo en los contextos más desfavorecidos, es, a juicio de Waldron, un argumento falaz. El problema de la falta de recursos, según Waldron, sólo se plantea cuando se discute la reivindicación de los derechos de todos, pero no en relación con el deber en cada caso, sino que, más bien, es la combinación de los derechos de todos, tomados en su conjunto, lo que no puede ser satisfecha: una de las conquistas más importantes del lenguaje sobre los derechos es el hecho de que son atribuidos a las personas de una en una y no de manera colectiva o en conjunto²⁹.

El aspecto problemático, sin embargo, en relación con los derechos sociales, radica en la dificultad y en los obstáculos trazados en el nivel de la teoría *dinámica* de los derechos y garantías insuficientes para custodiar el dinamismo en la comunidad y sociedades diferentes. Las reglas que tienen que ver con la justicia distributiva, y dan a las personas el poder de crear nuevos deberes y nuevas obligaciones, proceden de los cambios y la evolución de la sociedad y tienen dificultades cuando son llamados a determinar no sólo las prohibiciones, sino que también deben ser funcionales en la estructuración de las relaciones sociales e interpersonales³⁰. De hecho, una vez declarado que la característica central de un derecho es proporcionar la protección o la justificación de un interés a su titular, aún no se han puesto las condiciones necesarias y suficientes para tener un derecho (incluso el contenido de ciertos deberes puede representar un beneficio para aquellos que están obligados a seguirlos, pero esta característica no los convierte en derechos).

²⁸ Cfr. M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, Princeton, 2001, trad. it. *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milán, 2003; E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà*, il Mulino, Bologna, 2006.

²⁹ J. WALDRON, "Rights in Conflict", *Ethics*, núm. 3, 1989, p. 507. Cfr. J. MORESO, "Ferrajoli sobre los conflictos entre derechos", trad. it. "Ferrajoli sui conflitti tra diritti", *Diritto e questioni pubbliche*, núm. 6, 2006, pp. 133-141.

³⁰ Cfr. L. FERRAJOLI, "Diritti fondamentali", *Teoria politica*, núm. 2, 1998, pp. 41-113; *Id.*, *Principia Iuris*, I, *cit.*, cap. XI, Roma-Bari, Laterza, 2007.

En este sentido, un paso más allá con el fin de llegar a apoyar el tejido de los derechos sociales tiene que ver con la comprensión de lo que es bueno para una persona, sus intereses, y quién debería decidir³¹. El filósofo J. Raz afirmó que los intereses se relacionan con los aspectos esenciales del bienestar, como puede ser la salud³². En este sentido, la posición de aquellos que apelan a los intereses entendidos como necesidades (*needs*) de los individuos parecería ser menos genérica y aproximada³³. El concepto “necesidades” indica un componente estrechamente relacionado con el ser humano y sus necesidades establecidas universalmente, entonces, con respecto al interés, la necesidad representa un criterio menos vago y más apetecible. Las necesidades parecen tener un carácter más *urgente* que los intereses, llegan hasta las raíces de la existencia de los individuos y disfrutan de una mayor determinación. Se han planteado muchas definiciones sobre el concepto de *basic needs*, entre las que destaca por su eficacia la de G. Rist, que las describe como algo cuya satisfacción está estrechamente relacionada con el ser humano, por lo que la no satisfacción de estas necesidades provoca la “destrucción” del mismo³⁴. Por esta razón hemos

³¹ Cfr. B. DE MORI, *Diritti morali ed etica normativa. Tra deontologismo kantiano e consequenzialismo utilitarista*, cit., pp. 65-152.

³² Cfr. J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 192. Según Raz, un individuo tiene derecho a X si y solo si una persona tiene un interés en X. Esto sería suficiente para generar en los demás los deberes de respetar, proteger y promover ese interés. Esta definición identifica el interés en que se basa el derecho como motivo para generar deberes correlativos, y los derechos, según Raz, serían especialmente adecuados para funcionar como pasos intermedios en los argumentos acerca de cómo deben ser tratados sus titulares. Cfr. J. RAZ, “On the Nature of Rights”, *Mind*, 1984, 370, pp. 194-214; *Id.*, “Rights and Individual Well-Being”, *Ratio Juris*, núm. 5, 1992, pp. 127-142, trad. it. “Diritti e benessere individuale” en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (coords.), *Analisi e diritto 1991. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Turín, 1992.

³³ El *basic need approach* se ha desarrollado en torno a los años setenta, como resultado de las políticas de desarrollo en los países que estaban en condiciones de pobreza extrema. En 1976, el informe de la *World Employment Conference* y de la *International Labour Organisation* (OIT) definía las *basic needs* en términos de alimentación, vestido, vivienda, educación, salud, transporte público. Después se añadieron el trabajo, clasificado ya sea como medio o como fin, y la participación pública en los procesos de toma de decisiones. El primer objetivo a alcanzar era cuantificar las necesidades básicas durante un tiempo definido, al menos un año, y luego cubrir las necesidades principales en el espacio de veinticinco años (1975-2000). Es importante destacar que la OIT define el concepto de *basic needs* como un concepto dinámico y *country-specific*. Cfr. D. WIGGINS, *Needs, Values, Truth: Essays in the Philosophy of Value*, Blackwell, Oxford, 1987; *Id.*, “An Idea We Cannot do Without” en S. READER (ed.), *The Philosophy of Need*, Royal Institute of Philosophy Supplement 57, CUP, Cambridge, 2005.

³⁴ Cfr. G. RIST, “Basic Questions about Basic Human Needs” en K. LEDERER (ed.), *Human Needs, Gunn and Hain*, Cambridge (MA), 1981.

tratado de definir el concepto de necesidades como pretensión (*claim*), descubriendo el valor en sí mismo de la necesidad. En esta línea, las teorías sobre las necesidades han intentado identificar los criterios sobre la base de la naturaleza humana para establecer la prioridad de las necesidades que deben satisfacerse o favorecerse y evaluar qué circunstancias son las más relevantes para justificar las necesidades de los individuos como “derechos-pretensión” (*right-claim*), considerado el hecho de que las necesidades humanas son también las secundarias y no solo las primarias, cuyo “estatuto científico” es difícilmente verificable respecto al de las necesidades primarias³⁵.

Desde este punto de vista, el enfoque de las capacidades (*capabilities approach*), tal como ha sido tematizado por Amartya Sen, y luego retomado por Martha Nussbaum, parece ser más prometedor, ya que asocia la necesidad no solo con lo que está destinado exclusivamente a la conservación de la vida, sino también con su “calidad”³⁶. Pero un aspecto problemático de una concepción de los derechos como capacidades es que el concepto de capacidad sea demasiado amplio. Por ejemplo, el derecho a la alimentación, es, según el planteamiento de Sen, tanto el derecho a una capacidad, la de incorporar los beneficios de la alimentación, como el derecho a ciertos recursos y el derecho a la ausencia de impedimentos externos planteados por otros sujetos al ejercicio de la alimentación³⁷. El alcance normativo del enfoque de las capacidades muestra claramente la necesidad de considerar los derechos humanos como derechos morales, diseñados para proteger los “intereses humanos vitales”, incluyendo en su interior tanto los derechos positivos como los negativos y la necesaria interdependencia de los derechos civiles, políticos y los derechos sociales y económicos, a pesar de las tendencias predominantes, no sólo en la filosofía política liberal, sino también en la literatura internacional, que han favorecido sobre los derechos humanos garantías formales más relacionadas

³⁵ Cfr. L. DOYAL, “A Theory of Human Need” en G. BROCK (ed.), *Necessary Goods: Our Responsibilities to Meet Others*, Rowman & Littlefield, Lanham (MD), 1998, pp. 157-172.

³⁶ Cfr. A. K. SEN, “Elements of a Theory of Human Rights”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 4, 2004, pp. 315-356; *Id.*, “Equality of what?”, trad. it. “Uguaglianza, di che cosa?” en *Id.*, *Scelta, benessere, equità*, il Mulino, Bolonia, 1986; *Id.*, *Inequality Reexamined*, Oxford University Press, Oxford, 1994, trad. it. *La disuguaglianza. Un riesame critico*, il Mulino, Bolonia, 2010 (nueva ed.); M. C. NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Nueva York, 2000, trad. it. *Diventare persone. Donne e universalità di diritti*, il Mulino, Bolonia, 2001.

³⁷ Cfr. S. F. MAGNI, “Capacità, libertà, e diritti: Amartya Sen e Martha Nussbaum”, *Filosofia politica*, núm. 3, 2003, pp. 497-506.

con la protección y el respeto de los derechos de libertad³⁸. Sen igualmente, por otra parte, ha demostrado que el concepto de justicia en nuestra sociedad ha adquirido un lugar crucial que solamente es compartido por la noción de derechos, capaces de expresar el error, la privación, la vulnerabilidad y la necesidad de libertad³⁹.

4. ¿UNA TEORÍA FALLIDA DE LOS DERECHOS (MORALES) SOCIALES?

A la luz de todo lo que se ha dicho, un razonamiento básico debe necesariamente analizar el tema de la dimensión “relativa y negociable”, considerado el hecho de que ese perfil condiciona la aplicación concreta de los derechos sociales en contextos jurídicos nacionales. Si, por un lado, los rasgos de universalidad e inalienabilidad, tradicionalmente predicados por los derechos civiles y políticos, no son totalmente eficaces y exigibles en la configuración jurídica real, y esto también vale para los derechos individuales, por otro lado, se debe tomar nota de que, como ya se ha mencionado, este aspecto supone una “amenaza” estructural constante para los derechos sociales, por lo que es necesario hacer hincapié en este punto.

Una crítica, que se podría decir que es inherente a la cuestión fundamental, se encuentra en la asunción de los modelos de justificación de los derechos sociales que, por lo general, dependen de la elección de tutelar un conjunto de bienes y necesidades básicas del individuo (*basic needs approach*), en particular, en la versión del enfoque de las capacidades⁴⁰. Muy brevemente, estos dos enfoques interconectados están basados en dos dimensiones normativas. La primera consiste en enfatizar la *human agency*, por lo que se subrayan las necesidades con el fin de crear las condiciones para una vida satisfactoria. Sin embargo, la segunda hace hincapié en la dignidad humana y en el hecho de que ciertos componentes, como la salud y/o la educación son bienes primarios básicos para una vida digna y para construir las bases sociales del respeto a uno mismo. El objetivo es la consecución de la *autono-*

³⁸ Cfr. M. C. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge, 2006, trad. it. *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 306.

³⁹ Cfr. A. K. SEN, *The Idea of Justice*, Penguin Books, Londres, 2009, trad. it. *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milán, 2010.

⁴⁰ Cfr. A. K. SEN, “Elements of a Theory of Human Rights”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 4, 2004, pp. 315-356.

mía moral de forma que la garantía y el acceso a determinados bienes, o la satisfacción de ciertas necesidades, no terminen siendo lo contrario de un derecho, es decir, un “privilegio”⁴¹. Sin embargo, las críticas transversales a estas dos dimensiones surgen cuando se trata de definir el contenido de los derechos sociales, o más bien el umbral (*threshold*) del nivel dentro del cual satisfacer o garantizar bienes como la salud o la educación.

La conceptualización teórica de este problema se ha traducido en la conocida distinción, ya mencionada, entre derechos negativos (derechos de no interferencia) y derechos positivos (que implican una intervención activa en términos de recursos). De hecho, su capacidad de identificación se encontraría en que son “derechos de prestación”, de los que se derivan algunas críticas. Afirmar que los derechos sociales se distinguen de otros derechos porque son derechos de prestación plantea la cuestión de comprender hasta qué punto la relación estructural de estos derechos con la *human agency* y con la tutela del valor de la dignidad humana muestra la *relatividad* de las posiciones de los individuos en un contexto social determinado. El problema parece ir en aumento si se considera que la dimensión al mismo tiempo prestacional y positiva de estos derechos puede ser un impedimento no sólo para reconocer la aplicación por parte del Estado, sino también para sancionar la imposibilidad de una teorización de los derechos sociales centrada en “obligaciones positivas”. Sin embargo, el criterio de identificación de estos derechos prevalece en el ámbito normativo. En realidad, lo que se tiende a confundir es el criterio de “bien protegido”, es decir, el valor del derecho en relación con una determinada interpretación de las reclamaciones del individuo y de su posición en la sociedad, con las técnicas y las estrategias mediante las cuales nos proponemos satisfacer los derechos. Estas últimas no son identificativas del tipo de derechos, pero están subordinadas a la naturaleza de los bienes protegidos. De ello se desprende que todos los derechos son prestacionales, más o menos costosos⁴², desde el momento en que los “derechos tomados en serio” implican un contexto institucional-organizativo y los mecanismos de protección que los convierten en eso. Así que el carácter oneroso de algunos derechos sería un argumento válido únicamente en el momento de valorar

⁴¹ Cfr. M. WALZER, “Philosophy and Democracy”, *Political Theory*, núm. 3, 1981, pp. 379-399.

⁴² Cfr. S. HOLMES, C. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Londres-Nueva York, WW. Norton & Company, 1999, trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, il Mulino, Bolonia, 2000, cap. I.

las condiciones reales de la efectividad de los derechos sociales, a pesar de la irreductibilidad del *core* normativo de los mismos.

Lo que se quiere destacar es que son los argumentos morales los que identifican el estatuto y la función de los derechos, como se ha dicho en este texto, y no el presupuesto o el equilibrio de las cuentas del Estado que limitan su alcance subordinándolos a las razones de equilibrios financieros. A este respecto, Sen muestra cómo los derechos son los verdaderos factores del crecimiento económico y el auténtico motor del desarrollo social y económico. En particular, la naturaleza misma de los derechos sociales es proporcionar protección no solo en tiempos de crisis económica, sino también de extrema vulnerabilidad social. Por lo tanto, existe un fuerte vínculo entre el origen normativo de estos derechos y las condiciones de vida que los gobiernos deberían facilitar a través de estos, desde el momento en que estas condiciones afectan a ese origen normativo, es decir, al concepto de la dignidad (y desarrollo) humana. Sin embargo, el hecho de que el *ethical claim* de los derechos sociales esté constantemente expuesto al riesgo de no traducirse en un *legal claim* accionable, con la “pretensión” de acceder a bienes y servicios, da lugar a una problemática constante, debida a la limitación de la superación o no de la prueba de viabilidad de estos derechos. Esto siempre sucede en relación con el estatuto de esos derechos que, aún hoy se considera que no es sólido, especialmente por la aproximación con la que tenemos en cuenta los derechos sociales derivados de los derechos humanos sobre la base de las demandas de justicia social, entendida esta última en el sentido más amplio de justa distribución de cargas y beneficios dentro de una sociedad concreta. Pero, de acuerdo con este razonamiento, la justicia social no podría dar lugar a derechos humanos específicos porque los principios de justicia distributiva se aplican a los individuos por ser miembros de la sociedad, no por ser seres humanos. C. Beitz, artífice de esta crítica, cree que es erróneo explicar las bases de ciertos derechos humanos recurriendo a los modelos de justicia social y, en particular, a ciertas características de la cooperación social humana⁴³. Según Beitz, los derechos sociales deberían ser configurados de acuerdo a su grado de satisfacción en términos de recursos y no en base al hecho de que a toda necesidad humana corresponda un derecho humano que debe ser satisfecho. Beitz, sin embargo, afirma que los derechos humanos son piedras de toque ético, un parámetro con el que juzgar y criticar las instituciones in-

⁴³ Cfr. C. BEITZ, “Human Rights and Social Justice” en P. G. BROWN, D. MACLEAN (eds.), *Human Rights and U. S. Foreign Policy*, Lexington Books, Lexington, 1979, pp. 45-63.

ternas, un parámetro sobre el que calibrar las instancias para su reforma y, cada vez más, un parámetro de valoración de las estrategias y los comportamientos de las instituciones económicas y políticas internacionales⁴⁴. A partir de este supuesto, en realidad, se puede deducir la importancia de identificar las “entidades” precisas a las que se dirigen las “pretensiones” de justicia implícitas en los derechos sociales, que inevitablemente presuponen una estrecha relación entre el *right-holder* y el *duty-bearer* en un contexto político y económico específico. Desde este punto de vista, de acuerdo con todo lo afirmado por J. Raz, los derechos que identifican los aspectos del bienestar de la persona en un sentido que incluye “necesariamente” los derechos sociales plantean deberes especiales sobre los demás, es decir, prestaciones positivas, pero esto no significa subordinar el estatuto de estos derechos a la variable de los recursos y los conflictos entre los deberes positivos⁴⁵. Cuando un interés fundamental de tipo A plantea un deber en una parte de tipo B, debemos preguntarnos cuáles son las obligaciones que el interés A universalizado genera en B con el fin de entender la urgencia. En la práctica, el desarrollo de lo que puede ser definido como un *social rights-based approach* está intrínsecamente ligado a los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos y prevé que la realización de un derecho sea “fisiológicamente” dependiente de la implementación de otros derechos (humanos) fundamentales.

En la segunda mitad del siglo XX, las políticas mundiales en materia de justicia han tenido cada vez más en consideración los derechos sociales debido al hecho de que la reducción de la pobreza y la eliminación de otros problemas económicos y sociales se han convertido en objetivos centrales del compromiso global por los derechos humanos. Si, por una parte, autores como B. Berry siguen afirmando que frente a los gobiernos que carecen de los medios para proporcionar a cada uno de sus ciudadanos una vivienda adecuada y un aporte nutricional adecuado, buenas condiciones higiénicas y un ambiente saludable en general, educación y asistencia médica, los países ricos tienen la obligación de intervenir para que estos recursos estén disponibles a través de la implementación de los derechos sociales⁴⁶; por otra parte, son conocidas las respuestas críticas de M. Cranston y O. O’Neill que

⁴⁴ C. BEITZ, “Human Right as a Common Concern”, *American Political Science Review*, núm. 95, 2001, p. 269.

⁴⁵ J. RAZ, *The Morality of Freedom*, cit, p. 180.

⁴⁶ B. BERRY, *Why Social Justice Matters*, Polity Press, Londres, 2005, p. 28.

han rechazado con firmeza la inclusión de estos derechos en la categoría de los derechos humanos debido al grado de practicabilidad de estos derechos dentro de los países y al hecho de que no son “institucionalizables” (*institutionalization critique*) por las obligaciones que comportan⁴⁷. Si la viabilidad fuera la condición indispensable de cualquier derecho, entonces no solo los derechos sociales, sino todos los derechos, carecerían de sentido; incluso el derecho a la libertad, dada la imposibilidad práctica de asegurar que la vida y la libertad del individuo no sufran violaciones cada día. La aplicación fallida de un derecho social no es razón suficiente para hacer de un derecho hipotético un no-derecho.

5. DEL IDEAL IGUALITARIO A LA REDUCCIÓN DE LAS DESIGUALDADES “INACEPTABLES”

Por las razones que en parte se han mencionado hasta el momento, está continuamente “bajo acusación” la idea de que los derechos sociales se refieren a un núcleo normativo inspirado en los principios de la justicia social y la condición simétrica de ser libres e iguales, como figura en los dos principios de la justicia de Rawls. Entonces, quizá valga la pena preguntarse si es más plausible basar la idea de los derechos sociales, más que en una sociedad “justa y estable” de ciudadanos libres e iguales, en una sociedad menos “injusta”, donde muchas más personas deberían poder vivir en condiciones más dignas, dado el aumento de las denominadas desigualdades “inaceptables”, es decir, desigualdades que puede llegar a socavar la integridad y la naturaleza del compromiso democrático⁴⁸.

Una de las principales críticas que Sen dedica a Rawls está vinculada a su idea de la justicia como elección de “instituciones justas” y a su diseño de una

⁴⁷ M. CRANSTON, “Human Rights, Real and Supposed” en D. D. RAPHAEL (ed.), *Political Theory and the Rights of Man*, Indiana University Press, Bloomington (IN), 1967, pp. 43-53; O. O’NEILL, “The Dark Side of Human Rights”, *International Affairs*, núm. 2, 2005, pp. 427-439.

⁴⁸ La referencia no es solo a las desigualdades de ingresos, que de hecho podrían ser moralmente justificadas, al menos hasta que se demuestre que la igualdad económica es una ideal moral prioritario a perseguir, sino a esas desigualdades que están obligando a más y más personas a vivir en condiciones de pobreza y que por eso se encuentran más o menos en una situación de impotencia para ejercer un papel activo en el ámbito público con efectos potencialmente antidemocráticos. Cfr. H. G. FRANKFURT, *On Inequality*, Princeton University Press, Princeton, 2015, trad. it *Sulla disuguaglianza. Perché l’uguaglianza economica non è un ideale da perseguire*, Guanda, Milán, 2015; T. PIKETTY, *L’économie des inégalités*, La Decouverte, París, 2014 (2ª ed.), trad. it. *Disuguaglianze*, UBE, Milán, 2014 (2ª edición).

inclusión solo supuesta⁴⁹, si bien le reconoce el haber afirmado la capacidad de tener un “sentido de la justicia” como dimensión fundamental del ser humano. Sen, por el contrario, cree que el bienestar social es una cuestión de “justicia efectiva” y de una adecuada producción de los servicios públicos que pasan por la evaluación pública, *place-based*, de los contextos y los diferentes aspectos de la vida humana basada en lugares y comunidades. Desde esta perspectiva, la relación normativa entre derechos sociales y libertad sustancial o, podríamos decir, entre las políticas sociales relativas a los derechos fundamentales en el Estado social de derecho, por utilizar las palabras de Luigi Ferrajoli, debería prever un tejido social que ya no se base en viejas fórmulas burocráticas o asistenciales, sino en las garantías de acceso a los bienes fundamentales para la tutela de la dignidad de la persona como la salud, la educación o la subsistencia⁵⁰. Sin embargo, desde esta lente de aumento, la del Estado social de los derechos, debemos reconocer cómo en los últimos años se ha producido una regresión que se está traduciendo en una auténtica “agresión” al Estado social, con la evidente dificultad que los sistemas de solidaridad tienen para gobernar la crisis económica que comenzó en 2008 y con el consiguiente aumento no solo de las desigualdades económico-sociales, sino también de la tasa de pobreza⁵¹. La erosión gradual de estos sistemas entra en contradicción con el modelo universalista e igualitario promovido por ciertas Constituciones, como la Constitución italiana, que contempla la formalización de derechos sociales como el derecho a la salud y a la educación, confiados cada vez más a la lógica del mercado o a la discrecionalidad selectiva de los aparatos burocráticos que reducen al mínimo la educación y la asistencia sanitaria gratuitas.

El mecanismo de garantías vinculadas al ejercicio de los derechos sociales, síntesis del Estado liberal mínimo y del Estado social máximo, por un lado, lucha por seguir de acuerdo con la capacidad del ideal igualitario y de los principios de justicia distributiva a él conexos⁵²; y por otro lado, se invoca

⁴⁹ Cfr. A. K. SEN, *The Idea of Justice*, cit.; J. RAWLS, *Justice as Fairness: a Restatement*, Harvard University Press, Cambridge (MA)-Londres, 2001, trad. it. *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Feltrinelli, Milán, 2006; *Id.*, *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993, trad. it. *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità, Milán, 1994.

⁵⁰ Cfr. L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, il Mulino, Bolonia, pp. 161-162.

⁵¹ T. POGGE, *World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Polity Press, Cambridge, 2008 (1ª ed. 2002), trad. it. *Povert  mondiale e diritti umani. Responsabilit  e riforme cosmopolite*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 53-112.

⁵² La suposición de que el igualitarismo, de cualquier tipo, es un ideal con intrínseca importancia moral siempre ha sido objeto de un examen crítico. Es necesario considerar, sin embargo, que las doctrinas igualitarias de los últimos veinte años han proporcionado pres-

como razón de ser de las instituciones políticas al asegurar, a través del vínculo con la esfera pública, el respeto de los derechos fundamentales ante los retos cada vez más globales a los que son llamados los poderes públicos, entre los que se incluye el aumento de las “desigualdades inaceptables”, frente a un estado de naturaleza entre “nuevos poderes salvajes”, ya estos sean políticos, financieros, económicos⁵³. En el plano teórico, este estado de naturaleza impone una vuelta a funciones institucionales de garantía legitimadas por el papel de los derechos fundamentales, además del establecimiento de una relación de mayor cooperación entre la ciencia jurídica y la ciencia económica⁵⁴. De hecho, aunque si entre los economistas está consiguiendo un mayor consenso la tesis de la “desigualdad justa” y necesaria para el crecimiento económico, también es cierto que esto es plausible solo si funciona la ecuación entre desigualdad y crecimiento, algo que no es demostrable desde el momento en que los datos empíricos, desde el inicio de la crisis económica hasta la fecha, evidencian una cierta indeterminación debida a variables de carácter institucional, referentes también al conjunto de las políticas econó-

cripciones éticas y políticas diferentes y, a menudo, en conflicto a la hora de decidir qué aspecto o dimensión de la cooperación entre los individuos debía ser igual. Entre las más problemáticas encontramos las doctrinas igualitarias de la suerte, centradas en la idea de que los individuos son responsables de lo que han elegido voluntariamente y de los resultados de decisiones libres e informadas. En general, el igualitarismo de la suerte admite entre las intervenciones del Estado solo aquellas tesis que compensan las desventajas debidas a la “suerte bruta”, es decir, la mala suerte o lotería natural que no surge de los riesgos de los que el agente debía ser consciente. Para mayor información, véase: J. ROEMER, *Equality of Opportunity*, Harvard University Press, Cambridge, 1998.

⁵³ Cfr. S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Bari, 2014.

⁵⁴ Incluso Rousseau, en cuanto a la idea de la igualdad entendida como una cuestión de justicia social, había afirmado una estrecha relación con el problema de las desigualdades existentes en la sociedad. Rousseau argumentaba, tras haber ilustrado la trayectoria histórica desde el origen de las desigualdades, que: “[...] siendo la desigualdad casi nula en el estado natural, su fuerza y su crecimiento provienen del desarrollo de nuestras facultades y del progreso del espíritu humano, convirtiéndose al fin en estable y legítima por medio del establecimiento de la propiedad y de las leyes. Infiérese, además, que la desigualdad moral, autorizada por el sólo derecho positivo, es contraria al derecho natural, toda vez que no concurre en la misma proporción con la desigualdad física; distinción que determina suficientemente lo que debe pensarse a este respecto, de la clase de desigualdad que reina entre todos los pueblos civilizados, ya que es manifiestamente contraria a la ley natural, cualquiera que sea la manera como se la define, el que un niño mande a un anciano, que un imbécil conduzca a un sabio y que un puñado de gentes rebose de superfluidades mientras la multitud hambrienta carezca de lo necesario” Cfr. J. J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine de l'inegalité parmi les hommes* (1755), trad. it. *Origine della disuguaglianza*, Feltrinelli, Milán, 1992, p. 107 (se cita por la traducción castellana, en la edición de Porrúa, México, 1987, p. 149).

micas adoptadas⁵⁵. Dado el aumento de la tasa de pobreza, la cuestión moral bajo el perfil de la equidad y la igualdad sustancial parece ser la de las modalidades a través de las cuales crecen los ingresos de los más ricos y, con ellos, las desigualdades “inaceptables”, entendidas estas últimas no como simples perspectivas de vida desiguales respecto a otras, sino más bien como desigualdades que no permiten la adecuada satisfacción de los intereses vitales y las necesidades fundamentales⁵⁶. Lo mismo es decir que cada persona debe ver reconocidos y garantizados los derechos fundamentales en virtud de lo que está y no está relacionado con los derechos que los demás están disfrutando. Así, que un individuo tenga derecho a algo, o tenga el derecho a tener ese algo, no es una razón por la que otra persona pueda querer lo mismo, o creerse con el derecho a tenerlo. En otras palabras, más que la igualdad (recursos, bienestar, derechos, oportunidades) en sí misma, es hoy la desigualdad la que goza de una presunta ventaja moral si tiene un impacto en la *dignidad* y la *integridad* de la persona, recordando todo lo afirmado por Sen. Este aspecto representa el *core* del discurso de las garantías y tutelas sociales y, por lo tanto, de los derechos y deberes dentro del actual *Welfare State*, dividido entre el modelo contractualista neoliberal y el modelo igualitario en la persecución de los objetivos social o políticamente deseables.

En este contexto, la tutela y la promoción de los derechos sociales se vuelve precisamente más valiosa y significativa en tiempos de crisis, como condición y reivindicación moral y política necesaria para el buen funcionamiento del sistema democrático *participativo*, en el que es necesario restaurar una correspondencia equilibrada entre ser al mismo tiempo ciudadanos titulares de derechos y portadores de deberes⁵⁷. El hecho de que en la sociedad global contemporánea se registren muchas más desigualdades entre los individuos que en épocas históricas pasadas, en términos de esperanza y calidad de vida, plantea un reto no solo a la teoría de los derechos (morales) sociales, sino también a la salud de la democracia⁵⁸.

⁵⁵ Cfr. A. B. ATKINSON, *Inequality. What can Be Done?*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2015; M. FELDSTEIN, “Reducing Poverty, Not Inequality”, *The Public Interest*, núm. 137, 1999, pp. 33-41.

⁵⁶ D. PARFIT, *Equality or Priority?*, *The Lindley Lecture*, Lawrence, University of Kansas, 1991, trad. it. “Eguaglianza o priorità?”, *Ragion pratica*, núm. 5, 1995, pp. 173-221.

⁵⁷ Cfr. M. S. ULRIKSEN, S. PLAGERSON, “Social Protection: Rethinking Rights and Duties”, *World Development*, núm. 64, 2014, pp. 755-765.

⁵⁸ Cfr. T. POGGE, *Povert  mondiale e diritti umani. Responsabilit  e riforme cosmopolite*, cit.

Si la democracia deliberativa, cada vez más en el centro de la atención de los teóricos y políticos, se define como la democracia que se basa en el libre razonamiento público entre iguales⁵⁹, entonces la *concreción* de los derechos sociales, que tiene como objetivo tematizar y valorar las necesidades de cada individuo-ciudadano situado en un contexto concreto, es totalmente configurable como un instrumento de garantía para una *reconstrucción democrática y participativa* desde el momento en que tales derechos son identificados como “pretensiones de justicia”, necesarias y fundamentales para la formación de una *voluntad general*, además de “formas de tutela contra las vulnerabilidades” de grupos específicos de personas en nombre de un sistema socio-jurídico inclusivo. Sobre todo, desde los años setenta del siglo XX –a causa de los procesos de globalización y la financiarización de la economía– y, aún más, desde la crisis económica que comenzó en 2008, las promesas del *Welfare* se han mostrado cada vez más difíciles de cumplir, y se ha empezado a dudar de esos derechos y de los objetivos anteriores de inclusividad.

Sin embargo, a pesar de la actual agresión al Estado social, sin duda debida también a la falta de una política económica capaz de gestionar la crisis, el sentido de los derechos (sociales) *tomados en serio* persiste no solo en términos de la consecución de la pretensión de que son la base, sino más bien en la acción de *reivindicar* esa pretensión. Una vez más, resulta útil recurrir a Feinberg para no olvidar que el uso característico de los derechos radica en ser pretendidos, *claimed*, demandados, afirmados, reivindicados. Por otro lado, las demandas de justicia de sociedades, grupos e individuos, según lo escrito por J. S. Mill, son las más importantes porque tienen que ver con los intereses vitales y, por lo tanto, son más urgentes que otras: “La justicia es el nombre de ciertas clases de reglas morales que se refieren a las condiciones esenciales del bienestar humano de forma más directa y son, por consiguiente, más absolutamente obligatorias que ningún otro tipo de reglas que orienten nuestra vida”⁶⁰.

El hecho de que los derechos sociales sean derechos a algo, es decir, derechos para obtener un bien específico, los derechos a la libertad *desde la* necesidad, complica sin duda la cuestión de su implementación, al estar estre-

⁵⁹ Cfr. J. COHEN, *Philosophy, Politics, Democracy: Selected Essays*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2009, pp. 17, 170.

⁶⁰ Cfr. J. S. MILL, *L'utilitarismo*, in *La libertà. L'utilitarismo. L'asservimento delle donne*, Rizzoli, Milán, 1999, p. 326. (se cita según la edición castellana, *El utilitarismo*, intr. trad. y notas de E. Guisán, Alianza, 1984, p. 126).

chamente vinculados a la disponibilidad de los bienes (primarios) de los que hay necesidad cuando no se dispone de ellos, o cuando se auguran las garantías sobre la posibilidad de disponer de ellas en el momento oportuno.

Aunque la categoría de los derechos sociales presente peculiaridades que se encuentran en la titularidad y en las instancias en conflicto entre deberes referidos al mismo derecho, que no permiten afirmar una correspondencia biunívoca entre derechos y obligaciones, porque más allá de la persona pueden referirse a comunidades y grupos sociales⁶¹, eso no significa declarar la imposibilidad de las garantías hacia un derecho reconocido socialmente⁶². El carácter negativo y positivo de las obligaciones, como los deberes de no regresividad y progresividad, amenazan tanto a los derechos civiles y políticos, como a los derechos sociales, por lo que la reivindicación positiva del conjunto de estos derechos no resulta viable si no se ponen en discusión, al mismo tiempo, las medidas de reducción de las políticas sociales y las “debilidades” normativas de los principios del Estado social, que conciernen de modo similar tanto a unos como a otros.

A través de una perspectiva equilibrada entre derechos y deberes, entre el Estado y los ciudadanos, el esquema de cooperación social debería contemplar a los “ciudadanos activos”, considerados capaces y vulnerables al mismo tiempo, como parte integrante de un modelo de democracia sustantiva que reconoce el compromiso de “tomarse en serio” tanto los derechos como los deberes.

SILVIA ZULLO
CIRSFID
Università di Bologna
Via Galliera, 3
40121 Bologna - Italy
e-mail: silvia.zullo@unibo.it

⁶¹ Por supuesto, la excepción relativa a los costes de los derechos sociales, como ya se ha mencionado, se presenta como característica de esta categoría de los derechos y contribuye a dificultar que sean considerados como derechos reales. Cfr. S. SUNSTEIN, C. R. HOLMES, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, cit.

⁶² Cfr. O. O'NEILL, *Toward Justice and Virtue. A Constructive Account of Practical Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge (MA), 1996, cap. V.

UNA DEFENSA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

IN FAVOUR OF CONSTITUTIONALIZING SOCIAL RIGHTS

M^a DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 9-1-16

Fecha de aceptación: 15-3-16

Resumen: *El propósito del presente trabajo es justificar que si los derechos sociales se aceptan como derechos humanos, la distinción entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos carece de sentido desde el punto de vista de la fundamentación y desde el punto de vista de la estructura, y que, por tanto, también debería dejarse de lado en la articulación de los sistemas de protección de derechos. Efectivamente, si todos los derechos se orientan a garantizar que las personas tengamos el control de nuestras propias vidas, y si de todos se derivan deberes de respeto y deberes de protección, no existen argumentos en contra de la exigibilidad de los derechos sociales que no pudieran hacerse extensivos también a los derechos civiles y políticos.*

Abstract: *This work argues that, if social rights are considered human rights, the distinction between economic, social and cultural rights, and, civil and political rights, makes no sense from an 'ethical' and 'structural' point of view and that, therefore, that distinction should be left aside in building a system of guarantee of the rights. Indeed, if all rights seek to ensure control over our own lives, and if all rights generate duties of respect and duties of protection, there will be no arguments against the enforcement of social rights that could not also be extended to civil and political rights.*

Palabras clave: derechos sociales, autonomía y derechos, deberes positivos, igualdad, garantías de los derechos sociales

Keywords: social rights, autonomy and rights, positive duties, equality, guarantees of social rights

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de derechos sociales aparece como un concepto esquivo. Para su caracterización es frecuente recurrir a una serie de rasgos con los que se trata de subrayar sus diferencias con respecto a los derechos civiles y políticos en cada una de las dimensiones de las que la idea de derechos humanos está provista (dimensión ética, una dimensión política y una dimensión jurídica)¹. Así pues, en el plano ético, los derechos económicos, sociales y culturales se suelen considerar vinculados a la igualdad material o a la solidaridad, y son relacionados también con la idea de necesidades. Frente a ellos, los derechos civiles y políticos se entienden fundamentados en la libertad y la igualdad formales. De este modo, se dice, las exigencias de ambos tipos de derechos son tendencialmente contradictorias.

Se subraya, así mismo, que los derechos civiles y políticos constituyen el ámbito de lo no decidible, quedando, por tanto, excluidos del juego de la política mediante su blindaje en normas constitucionales. Por el contrario, los derechos sociales son configurados por el poder político.

Finalmente, en torno a los derechos civiles y políticos, considerados en términos generales derechos negativos, se articulan garantías judiciales que se rechazan para los derechos económicos, sociales y culturales, en parte debido a que se consideran derechos a obtener prestaciones cuyo alcance debe ser debatido, discutido y negociado en los espacios políticos y no tanto en los jurídicos. En tanto que derechos prestacionales, los derechos sociales son derechos caros, por lo que su efectividad queda condicionada a la existencia de recursos. Se insiste, por otro lado, en que las exigencias de los derechos sociales son indeterminadas, lo que es un argumento más para afirmar que dotarlos de garantías equiparables a las de los derechos civiles y políticos puede llevar a colocar la Constitución (y las decisiones de gasto público) en manos de los jueces. Estas razones se utilizan para justificar la ausencia de derechos sociales en el plano constitucional, o su menor protección.

¹ G. PECES-BARBA y otros, *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995, p. 105. Ver también C. GEARTY, "Against Judicial Enforcement", en C. GEARTY, y V. MANTOUVALOU, *Debating Social Rights*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2011, pp. 1-84, p. 12, "The term human rights ... is multi-purpose: seeming to make sense at the level of morality ('here is why you ought to help the stranger'), in the realm of politics ('they have a human right to this or a human rights to that -therefore arrangements must be made form them to get it-'), and in the sphere of law ('the right is set out in the Charter or the covenant or in the constitution that our forefathers created to keep us in check')."

Desde el punto de vista del Derecho internacional, el compromiso con los distintos bloques de derechos señalados se realiza en el sistema universal mediante dos pactos que se acompañan de sus respectivos sistemas de garantía, resultando menos exigente el que corresponde a los derechos sociales. Incluso a veces se plantea que los instrumentos para la garantía y protección de los derechos económicos, sociales y culturales deberían encontrarse en el ámbito de las políticas de desarrollo más que en los espacios reservados a los ‘derechos humanos’.

Es cierto que históricamente los derechos sociales, económicos y culturales y los derechos civiles y políticos responden a tradiciones distintas. Sin embargo, también lo es que la tradición liberal que inspira los derechos civiles es en sus orígenes ajena a las exigencias de la tradición democrática, presente en la construcción que inspira la idea de que los derechos políticos son derechos humanos, y ello no es un obstáculo para que ambos tipos de derechos –civiles y políticos– aparezcan hoy incluidos en una misma categoría. Frente a ellos son situados los derechos sociales, que se agrupan con los económicos y culturales y operan de forma conjunta como criterio de legitimidad del poder. De este modo, sería difícil considerar que un Estado es de Derecho si no existe un reconocimiento y protección de los derechos civiles y políticos.

En el siguiente apartado pasaré a realizar una caracterización de los derechos sociales para, a continuación, revisar los argumentos señalados con el objetivo de mostrar que en definitiva las diferencias entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos se encuentran en la ideología que los sustenta. Si se aceptan de un modo coherente los valores y la concepción de la política que están detrás de los derechos económicos, sociales y culturales, estas diferencias señaladas se difuminan y el mantenimiento de categorías separadas sólo tiene la utilidad de justificar una menor protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Con ello, la opción predominante en los sistemas de protección –que lleva a reforzar los derechos civiles y políticos y a presentar los derechos económicos, sociales y culturales como argumentos jurídicamente débiles– queda desprovista de fundamento teórico y puede considerarse como meramente coyuntural, obediente a las circunstancias históricas en las que se gestaron los correspondientes instrumentos, y hasta superada en el plano internacional por los principios de interdependencia e indivisibilidad².

² Ver M. J. AÑÓN, “Derechos humanos y obligaciones positivas”, en M. J. BERNUZ Y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. (43-72) 47 y ss.

2. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS SOCIALES?

La noción de derechos sociales se ha utilizado para amparar ideas tan distintas como el derecho a la salud y el derecho de huelga. Por otro lado, comúnmente se enuncian los derechos sociales agrupados con económicos y culturales. A las dificultades que de esto pudieran derivarse, se añade, como se ha señalado, que la mayoría de las ocasiones se caracteriza a los derechos sociales intentando subrayar los rasgos que los diferencian de los civiles y políticos, de modo que, por ejemplo, se identifican como derechos a obtener prestaciones del Estado. En definitiva, no existe un consenso sobre su conceptualización.

Si se pasa revista a los textos internacionales, vemos que el artículo 22 de la Declaración Internacional de Derechos Humanos establece lo que podríamos considerar un derecho general a los derechos sociales al afirmar que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y de los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. Además, en ella se enuncian el derecho al trabajo (artículo 23 y muy relacionado con el artículo 24), el derecho a un nivel de vida adecuado (que incluye el derecho del titular y de su familia a la salud y bienestar, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica, servicios sociales necesarios y seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez “y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”); a la educación (artículo 26); a participar en la vida cultural (art 27).

Por su parte, en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC) se incluyen el derecho al trabajo y condiciones adecuadas de trabajo (arts. 6 y 7), derecho a fundar sindicatos (art. 8), a la seguridad social (art. 9), a la protección de la familia (art. 10), a un nivel de vida adecuado –alimentación, vestido y vivienda– (art. 11), a la salud (art. 12), a la educación (art. 13 y 14), y varios derechos del artículo 15 de carácter ‘cultural’ (participar en la vida cultural, gozar de los beneficios del progreso científico, beneficiarse de los intereses morales y materiales por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas, libre investigación científica). Como puede verse, nos encontramos ante derechos de distinto tipo; por ejemplo, es posible diferenciar, siguiendo la denominación del Pacto, de tipo

económico, de tipo social y de tipo cultural. Además, no a todos les resultan aplicables en la misma medida los argumentos que frecuentemente se esgrimen frente a los derechos sociales. Así, el derecho a fundar sindicatos, o la libre investigación científica comparten muchos de los rasgos que a menudo se utilizan para caracterizar los derechos civiles y políticos.

Ante la indefinición de la categoría 'derechos sociales', a los efectos del presente trabajo puede ser interesante partir de la identificación de algunos derechos que claramente se consideran encuadrados³. Es posible incluir entre ellos el derecho a una vida digna o a una seguridad social (que incluye el derecho a la protección por jubilación, supervivencia, discapacidad, desempleo, accidente, enfermedad), el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a un nivel de vida adecuado (alimentación, vestido y vivienda) y la protección de los derechos de los trabajadores (salario mínimo, permiso por maternidad, límite de jornada, descanso, pago por horas extraordinarias...)⁴.

3. LA AUTONOMÍA COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES

Es usual, en la reflexión sobre los derechos humanos, dotar a los derechos civiles y políticos de un fundamento diferente al de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, se ha apuntado, los primeros se dicen orientados a la libertad y los segundos a la igualdad material. Conceptos como las necesidades entran en juego en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, pero no han encontrado un acomodo semejante en relación con los derechos civiles y políticos. Este apartado se dirige a mostrar cómo el fundamento de los derechos, de todos los derechos, se encuentra en la autonomía.

³ Una estrategia similar en P. HUNT, *Reclaiming Social Rights. International and Comparative Perspectives*, Darmouth, Aldershot, 1996, p. 2, quien propone tomar como ejemplo de los derechos sociales los que aparecen en los artículos 11 a 14 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (los Instrumentos de Ratificación por España de ambos pactos publicados en el B.O.E. de 30 de abril de 1977).

⁴ Estas cinco categorías aparecen también en A. BEN-BASSAT y M. DAHAM, "Social Rights in the Constitution and in Practice", *Journal of Comparative Economics*, núm. 36, 2008, p. (103-119) 105, en un trabajo en el que el objetivo es analizar el nivel de compromiso con los derechos sociales que sesenta y cuatro Estados asumen a través de la Constitución, pero de los aspectos que aquí se incluyen en el derecho a un nivel de vida adecuado, sólo refleja el derecho a la vivienda.

En la concepción tradicional de los derechos humanos, estos se asignan al agente moral, que es quien es capaz de decidir y responsabilizarse por la opción realizada, esto es, quien es autónomo. Adicionalmente, en este mismo marco, el titular de derechos se concibe como un sujeto abstracto, de modo que los derechos se definen desconsiderando las circunstancias concretas en las que se desenvuelve la existencia⁵. No está de más recordar, que además el titular ideal de derechos coincide, de hecho, con un sujeto concreto (hombre, blanco, burgués...), por lo que las declaraciones de derechos se elaboran pensando en las amenazas que pueden perjudicar la autonomía de este sujeto. De este modo, en una primera generación de derechos, inspirada por la ideología liberal, estos se basan en el establecimiento de ámbitos de inmunidad para el titular. La concepción recién descrita es la primera que se abre paso en la política y el Derecho.

El pensamiento democrático, defensor de los derechos políticos y de una buena parte de los derechos civiles, encontrará acomodo en una segunda oleada, justificando derechos que permiten la intervención de los individuos en la conformación del poder. Si bien es cierto que ya aparecen derechos políticos en las primeras declaraciones, parece que no se configuran como derechos humanos⁶, hay que esperar a que la idea de que se desconsidera la dignidad de una persona (se la instrumentaliza) cuando se la obliga a actuar en contra de su voluntad se traslade a los criterios de legitimidad de las decisiones públicas.

Los derechos sociales son de inspiración socialista (entendiendo el término en sentido muy amplio). Cuando se introducen en los textos de derechos humanos pueden considerarse como una tercera generación de derechos. Conviene advertir que la referencia a las generaciones en estas páginas se utiliza para incidir en la circunstancia de que los derechos se incorporan a los textos de Derecho positivo en oleadas. Como se ha señalado, en el presente trabajo se trata de mostrar que no es posible justificar una graduación en la importancia de los derechos y que, por tanto, tampoco los sistemas jurídicos deberían jerarquizar. En este sentido, el recurso a una visión generacional se

⁵ Ver sobre la concepción tradicional, sus críticas y transformaciones M.C. BARRANCO, "Las teorías de los derechos humanos en el siglo XXI", en M. REVENGA y P. CUENCA, *Los derechos humanos en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 13-32.

⁶ G. PECES-BARBA, "Los derechos económicos, sociales y culturales: apunte para su formación histórica y su concepto", en G. PECES-BARBA, *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999, p. (7-66) 63 y G. PECES-BARBA y otros, *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 62.

orienta únicamente a presentar los distintos orígenes ideológicos e históricos de la categoría. Más allá de esto, puede presentar más problemas que los que pretende resolver, puesto que podría oscurecer el hecho de que sólo en los orígenes las diferencias entre los objetivos y la estructura de los distintos derechos está clara⁷. Precisamente presentaré argumentos para justificar cómo hoy las obligaciones que se derivan del reconocimiento de derechos civiles no son exclusivamente de carácter negativo. Podemos poner como ejemplo el derecho a la vida, del que deriva para el Estado la obligación de establecer las condiciones jurídicas, institucionales y materiales adecuadas para la protección de la vida⁸.

No siempre los derechos sociales se aceptan como legítimos, así en algunos contextos se plantea una objeción generalizada frente al Estado social y a los derechos sociales⁹. El problema que aquí interesa no es tanto justificar que los derechos sociales son parte de los derechos humanos, como rebatir a quienes piensan que no merecen un nivel de garantías que sea equiparable. Este último planteamiento es frecuente en torno a aquellos modelos de organización que podemos considerar Estado constitucional, y es el que se quiere discutir en las presentes páginas.

El objetivo no es, por tanto, discutir con quienes rechazan los derechos sociales, sino mostrar como, una vez que son aceptados como derechos humanos, existen poderosos argumentos para afirmar que entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales no existen diferencias más allá de que surgen en contextos históricos, vinculados a ideologías incluso contradictorias y que de hecho son acompañados de garantías diferentes¹⁰. Esto es, si los derechos sociales se aceptan como derechos humanos, entonces es tremendamente complicado encontrar rasgos que nos permitan diferenciar entre los derechos que se contienen en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos

⁷ J. ANSUÁTEGUI, "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", *Revista de Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, num. 24, julio 2010, pp. (45-64) 53-56.

⁸ M. C. BARRANCO, "El derecho a la vida", en PECES-BARBA, G. y otros (eds.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. S. XX, vol. VI, libro I, pp. (61-102) 95.

⁹ Como es sabido, es una categoría de derechos contestada. Desde planteamientos liberales clásicos o neoliberales, se rechaza por ser contraria a la libertad. Desde posiciones que podemos considerar liberal igualitarias, no se consideran derechos en el mismo nivel de fundamentalidad que los de las dos primeras generaciones. M.C. BARRANCO, "Exigibilidad de los derechos sociales y democracia", en S. RIBOTTA y A. ROSSETTI (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. (149-171), 154-158.

¹⁰ J. ANSUÁTEGUI, "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", cit.

(PDCP) y los derechos que se contienen en el PDESC, distintos de su origen y de las decisiones que llevan a proteger más a unos que a otros.

Así pues, en la articulación estándar entre los distintos tipos de derechos, los sociales ocupan una posición instrumental con respecto a los otros; cuando los derechos sociales recibían algún tipo de reconocimiento, se decían orientados a hacer posible el ejercicio de los derechos individuales y civiles¹¹. La concepción que aquí se propone difiere de la concepción tradicional, pero también de aquellas que, aun partiendo de la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos, encuentran fundamentos diferenciados para los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos sociales, por otro¹².

Una posición interesante en esta línea es la de Cécile Fabre. La autora considera la autonomía y el bienestar como condiciones para una vida decente de las que hace derivar la justificación de los derechos. La autonomía implica que los individuos deciden por sí mismos qué piensan, qué quieren hacer con su vida y si y cómo pueden cambiarla¹³, en definitiva, implica que las personas controlan su propio destino¹⁴. Y tanto los derechos civiles y políticos, cuanto los derechos económicos, sociales y culturales pueden interpretarse en este sentido. Para afirmar que las personas tienen el control de su propia vida, no basta con que cuenten con capacidades personales, también es necesario que existan opciones disponibles y el acceso a oportunidades. Puede verse de este modo, como la autonomía no sólo requiere del respeto, también de acciones positivas.

Sin embargo, y aunque en ambos casos la satisfacción de necesidades materiales opera como una condición, la autora diferencia el ámbito de aplicación de la autonomía del ámbito de aplicación del bienestar, que vincula a la ausencia de sufrimiento físico. No considero, no obstante, que esta diferencia sea necesaria, puesto que el sufrimiento físico es una circunstancia que impide y dificulta el control sobre la propia vida. Por el contrario, puede

¹¹ En G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007, encontramos una crítica a los argumentos de esa concepción estándar que considera los derechos sociales axiológicamente subordinados, estructuralmente diferentes y de tutela debilitada con respecto a los derechos civiles y políticos.

¹² Si bien es preciso reconocer que es cierto que diferenciar los fundamentos no tiene por qué suponer la justificación de una jerarquía entre los derechos, F.J. ANSUÁTEGUI, "Los derechos sociales en tiempo de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación", en M. J. BERNUZ Y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, cit., pp. (23-42) 28.

¹³ C. FABRE, *Social Rights Under the Constitution. Government and the Decent Life*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 9.

¹⁴ J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 369.

contradecir su conclusión de que el compromiso con los derechos civiles y políticos implica también el compromiso con los derechos económicos, sociales y culturales¹⁵. Efectivamente, en los ejemplos que cita la autora, los derechos que tienen que ver con la autonomía son tanto civiles y políticos como derechos sociales que garantizan el acceso a las oportunidades, pero relaciona el bienestar con derechos sociales (ingresos mínimos, vivienda salud) –con la excepción de la protección contra la tortura–¹⁶.

También desde esta idea de un fundamento compartido para todos los derechos, situado en la autonomía, se encuentra la propuesta basada en las capacidades de Martha Nussbaum¹⁷, que expresamente se aparta de la construcción que sitúa en las necesidades el fundamento de los derechos sociales. En el marco de su teoría se establece una diferencia entre funciones propiamente humanas y capacidades, que son las oportunidades para desempeñar estas funciones propiamente humanas. Estas capacidades guardan una estrecha relación con los bienes sobre los que se construyen los derechos reconocidos o reclamados. Nussbaum establece una diferencia entre tres tipos de capacidades: básicas, internas y combinadas¹⁸. Las capacidades básicas son definidas como innatas, mientras las capacidades internas se adquieren a lo largo de la vida y las capacidades combinadas resultan de la articulación de las capacidades internas con las condiciones externas adecuadas en cada caso para el desempeño de la función¹⁹. Este punto de vista, trasladado a los

¹⁵ C. FABRE, *Social Rights Under the Constitution...*, cit., p. 22, “being committed to traditional civil and political rights means that one should be committed to social rights.”

¹⁶ Además, considera que una persona “severely mentally handicapped” no puede ser de ningún modo autónoma, C. FABRE, *Social Rights Under the Constitution*, cit., p. 10, sin embargo, tanto autonomía como bienestar son condiciones para una vida decente (p. 18), con lo que está excluyendo la posibilidad de que estas personas puedan llevar una vida decente. Tal vez una vía interesante a explorar sería ver las potencialidades del bienestar, en el sentido en el que lo utiliza Fabre, combinado con la autonomía en la definición de los derechos. De algún modo, vuelve a hacerse presente la tradicional discusión sobre la voluntad y el interés en torno a los derechos subjetivos, que también tiene sentido en torno a los derechos de los niños y niñas.

¹⁷ M. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia Consideraciones sobre la exclusión*, trad. de R. Vila Vernis y A. Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2007, 163-226. Ver también *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, trad. A. Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2012.

¹⁸ No me voy a detener ahora en mostrar los peligros que se derivan de ofrecer una definición de naturaleza humana. Puede verse P. CUENCA, “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, *Revista del Centro de Estudios Políticos*, num. 158, 2012, pp. (103-137) 109-115.

¹⁹ M. NUSSBAUM, *Las mujeres y el desarrollo humano*, trad. R. Bernet, Herder, Barcelona, 2002, p. 129.

derechos, permite considerarlos (en tanto que herramientas) como las condiciones externas que facilitan el desarrollo de las capacidades. De este modo, los derechos han de adecuarse a la situación personal y a las condiciones del entorno para situar al titular en condiciones de desempeñar la función. El modo en el que la función se realiza en los distintos marcos y por las distintas personas, debe ser contemplado en la definición de los derechos. Ello implica también que debe tenerse en cuenta la existencia de barreras que pueden operar de forma diferente para distintos seres humanos. Además, las capacidades se adquieren progresivamente y su carácter es graduable.

Propuestas como las de Fabre o Nussbaum, permiten avanzar en la idea de que no es posible justificar una jerarquía axiológica entre los distintos tipos de derechos a los que nos estamos aquí refiriendo y que, por tanto, resulta difícilmente justificable una jerarquización jurídica.

Estos planteamientos se alejan de la concepción tradicional, en la que aquellos sujetos que se consideran desprovistos de autonomía presentan un impedimento para la atribución y el ejercicio de derechos. Una crítica muy interesante de estos planteamientos y de los sistemas jurídicos de derechos que sustentan, en su caso el de los Estados Unidos de Norteamérica, la encontramos en los trabajos de Martha Fineman²⁰.

Fineman muestra cómo en el modelo liberal clásico no se justifica ningún tipo de compromiso del Estado con la promoción de la autonomía. De este modo, los sujetos que en sus condiciones concretas no son capaces de elegir y de responsabilizarse por la opción realizada –son dependientes y, por tanto, no autónomos– quedan excluidos de los derechos.

La dependencia consiste en la falta de independencia o en la falta de autosuficiencia y puede derivar o no de circunstancias naturales. De este modo, la edad, la discapacidad y en algunos esquemas el sexo, son algunas de estas circunstancias que afectan a la autodeterminación y que pueden impedir la autonomía²¹, lo que se traduce en que sobre su base se puede justificar la negación de la titularidad de los derechos o de la capacidad para ejercerlos. Las personas que por naturaleza son dependientes, son responsabilidad de la familia y en última instancia, del sujeto independiente y

²⁰ M. A. FINEMAN, *The Autonomy Myth. A Theory of Dependency*, The New York Press, 2004.

²¹ M.C. BARRANCO, “Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo”, en M.C. BARRANCO Y C. CHURRUCA (eds.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 17-44.

autosuficiente que se sitúa al frente. La atención a los dependientes es una cuestión privada.

A veces la falta de independencia y de autosuficiencia guardan relación con cuestiones económicas. Algunos sujetos que están en condiciones de elegir, y que por tanto pueden considerarse naturalmente autónomos, no son autosuficientes –carecen de recursos para proveerse a sí mismos y a quienes de ellos dependen–. En el planteamiento que estamos criticando, en estos casos la dependencia se considera producida por el modo en el que se ha ejercido la autonomía y, por tanto, se entiende que la posición económica es el resultado del mérito o demérito individual. No se tiene en cuenta el papel que hayan podido jugar la suerte, el contexto social o las instituciones.

Ya se ha apuntado cómo el sujeto autosuficiente e independiente recibe protección por parte del Derecho frente al Estado y a terceros. Este es precisamente el papel de los derechos. En palabras de Fineman, “la autonomía connota, a nivel ideológico, que un individuo que se ajusta a las nociones dominantes de independencia y autosuficiencia es, a la vez, liberado de la perspectiva de la acción gubernamental regulatoria y liberado, a través de estructuras gubernamentales, de la interferencia de otros actores privados. La libertad a través del gobierno es la base de la no intervención establecida en términos positivos –el derecho a ser dejado solo es también la garantía de la privacidad–. Estableciendo y ateniéndose a una norma de no intervención y regulación para aquellos individuos considerados auto suficientes, el Estado garantiza su autonomía”²². Sin embargo, quienes no son independientes y/o autosuficientes aparecen desprovistos de protección. El modo en el que opera la autonomía resulta contradictorio con la idea de universalidad de los derechos, desde el momento en el que estos sólo sirven para salvaguardar la dignidad de algunos sujetos durante algunos momentos de su vida.

La concepción tradicional ha sido ampliamente revisada, en lo que ahora interesa, desde propuestas como citadas de Fabre, Nussbaum y Fineman, que permiten considerar que la autonomía no es el presupuesto, sino el objetivo de los derechos.

En el nuevo marco teórico, la autonomía orienta la acción del Estado en dos sentidos. En primer lugar, en el sentido tradicional del respeto, lo que implica reconocer las decisiones que las personas (todas las personas) adop-

²² M. A. FINEMAN, *The Autonomy Myth*, cit., p. 9.

tan sobre sí mismas; pero también asume un sentido promocional y justifica que se sitúe a las personas en condiciones de controlar su propia vida²³.

Este aspecto promocional de la autonomía y, por tanto, también de los derechos, exige que se adopte como punto de partida un modelo de relación entre el individuo y la sociedad también revisado. Es en este contexto en el que cobran sentido conceptos como la libertad y la igualdad materiales, la solidaridad o las necesidades. Pero, como se ha insistido, ello ocurre en relación con todos los derechos, y tiene trascendencia, como veremos, sobre la reflexión en torno al catálogo y al tipo de obligaciones que generan.

4. LAS OBLIGACIONES QUE GENERAN LOS DERECHOS SOCIALES

Otra de las razones que se dan para justificar el menor nivel de protección de los derechos sociales es que generan obligaciones más débiles que las de los derechos civiles y políticos. Por un lado, se señala que nos encontramos ante derechos caros, por lo que sólo obligan a los Estados en la medida en que existan recursos disponibles. Además, se consideran derechos prestacionales, frente a otros tipos de derechos. Por fin, se dice, su contenido es indeterminado. A lo largo de este apartado se mostrará como si se acepta que los derechos sociales son derechos humanos, los distintos argumentos que tratan de justificar la flexibilización de sus exigencias quedan sin fundamento.

Al respecto, en la Observación General 3²⁴, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales trata de determinar el alcance de las obligaciones contraídas por el Estado en virtud del Pacto. En este documento, el Comité señala las diferencias entre la redacción del artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la elegida para el artículo 2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ciertamente, en el artículo 2 PDCP establece la obligación incondicionada de respeto y garantía a todos los individuos que se encuentre en el territorio y a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del Pacto, medidas

²³ R. DE ASÍS y M.C. BARRANCO, "El derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", en M.C. BARRANCO (Coord.), *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos*. Dykinson, Madrid, 2011, pp. (107-132) 110.

²⁴ En el documento E/1991/23 y disponible en http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/1_Global/INT_CESCR_GEC_4758_S.doc, última consulta 18 de diciembre de 2015.

oportunas para hacer efectivos los derechos reconocidos; en el artículo 2 del PDESC los Estados se comprometen a “adoptar medidas..., hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. De este modo, suele insistirse en que las obligaciones derivadas del PDESC están definidas por la realización paulatina de los objetivos y condicionadas a la disponibilidad de recursos.

Sin embargo, el Comité incide en las semejanzas entre ambos preceptos y en particular en dos de las que se imponen de modo inmediato: “los Estados se “comprometen a garantizar” que los derechos pertinentes se ejercerán “sin discriminación...”” (párr. 1); y los Estados se comprometen a “adoptar medidas”, “compromiso que en sí mismo no queda condicionado por ninguna otra consideración”, de modo que “si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, la medidas tendentes a lograr ese objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados” (párr. 2). Además, añade el Comité, “tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto” (párr. 2). Por otro lado, no debe entenderse que las disposiciones del Pacto condicionan un sistema económico, pero sí que “la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos se reconozcan y queden reflejados en el sistema de que se trata” (párr. 8).

Adicionalmente, el Comité insiste en que las medidas legislativas pueden no ser las únicas apropiadas, junto a ellas podrían requerirse recursos judiciales “en lo que respecta a derechos que de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables” (párr. 5). En concreto, los Estados que también son Partes en el PDCP ya están obligados a establecer un recurso efectivo para asegurar la igualdad y no discriminación, por lo que esta obligación existe también en relación con el disfrute sin discriminación de los derechos reconocidos en el PDESC.

Existen además, a juicio del Comité, disposiciones que pueden considerarse de aplicación inmediata en numerosos sistemas: 3 (igualdad entre hombres y mujeres), 7 a) i. (igual salario por igual trabajo), 8 (libertad sindical y derecho de huelga), 10. 3 (protección y asistencia a niñas, niños y adolescentes), 13.2. a) (enseñanza primaria obligatoria y gratuita), 13. 3 (derechos de los padres en relación con la educación de los hijos), 13.4 (libertad de ense-

ñanza), 15. 3 (libre investigación científica). Puede verse que estos derechos, que en algunos contextos ya están garantizados, no se corresponden con los que se han identificado como derechos sociales prototipo.

No sólo el PDESC, numerosas cláusulas de reconocimiento de los derechos sociales introducen la idea de progresividad, sin embargo, sería absurdo suponer que cuando los textos condicionan el alcance y la forma de protección de los derechos a la organización y los recursos de cada Estado están aceptando la absoluta desconsideración de los derechos en el mismo documento en el que se comprometen con su reconocimiento. Así, en la Observación General 3, se afirma que la progresividad no puede privar de contenido a la obligación de realización efectiva. Lo anterior implica que existe un núcleo mínimo que el estado debe identificar y asegurar, esto es, “una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos” (párr. 10), y ello tiene efectos en relación con el argumento de la falta de recursos para la satisfacción de los derechos y con la posibilidad de regresión.

Así, “para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas” (párr. 11.), además, aun cuando se demuestre la insuficiencia de recursos, la obligación de asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos no desaparece, y han de elaborarse estrategias y programas para la promoción de los derechos económicos sociales y culturales. Finalmente “aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo” (párr. 12)

En cuanto a la posibilidad de regresión, las obligaciones derivadas del pacto se traducen en que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo ...requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (párr. 9).

Como puede apreciarse, también a la Observación General 3 parece subyacer la idea de que los derechos sociales pueden ser más costosos económicamente porque son prestacionales y esta es la idea que permiten justificar tanto la progresividad con la que son concebidos, como que no generen

obligaciones autoejecutables salvo en algunos contextos y en algunos casos. Sin embargo, los derechos políticos y algunos derechos civiles suponen un coste económico importante y podrían llegar a plantear dificultades similares a las de los derechos sociales²⁵. Podemos pensar, por ejemplo, en el acceso a la justicia y en el modo en el que se ha aceptado la legitimidad de los tribunales para controlar el impacto de las tasas decididas por Gobiernos y Parlamentos²⁶. En definitiva, si el argumento económico prevalece sobre los argumentos que justifican la protección de los derechos, no se entiende bien por qué sirve en relación con unos derechos y no con otros.

Por otro lado, frente a la idea de que la garantía de los derechos sociales presentan dificultades específicas por su carácter prestacional, es preciso insistir en que, como ha puesto de manifiesto el desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales en muchos casos a partir de la jurisprudencia²⁷, todos los derechos pueden justificar obligaciones tanto positivas como negativas, de tal modo que en su reconocimiento deban incluirse dimensiones prestacionales –y, por tanto, que orienten la acción estatal– y de defensa o respeto –que impongan límites a la acción estatal–²⁸. Las acciones positivas o prestaciones que los derechos pueden reclamar del Estado pueden ser tanto normativas (normas penales, normas de organización y *procedimiento*) como fácticas (*dinero o bienes*)²⁹ y los derechos sociales suelen requerir ambos tipos de obligaciones, pero no sólo

²⁵ D. BARAK-EREZ AND A. M. GROSS, “Introduction: Do We Need Social Rights? Questions on the Era of Globalisation, Privatisation, and the Diminished Welfare State”, en D. BARAK-EREZ AND A. M. GROSS, *Exploring Social Rights. Between Theory and Practice*, Hart Publishing, Oxford, 2007, pp. (21-40) 6.

²⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir de la Sentencia Kreuz contra Polonia, de 19 de junio de 2001 (asunto núm. 28249/95), mantiene que el establecimiento de tasas para acceder a la justicia en el ámbito civil, vulnera el derecho reconocido en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuando, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, las tasas resultan excesivas, esto es, dificultan el ejercicio del derecho.

²⁷ S. FREDMAN, *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, 2008, pp. 65 y ss.

²⁸ En este sentido, la Observación General nº 31 del Comité de Derechos Humanos (aprobada el 29 de marzo de 2004 en sustitución de la Observación General nº 3, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.13&Lang=en, última consulta 18 de diciembre de 2015) señala que “se impone a los Estados Parte la obligación general de respetar los derechos reconocidos en el Pacto y de garantizar su disfrute a todos los individuos que se hallen en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción” (párr. 3).

²⁹ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 428.

los derechos sociales. Sara Fredman³⁰ utiliza como ejemplo el caso Limbuela³¹, en el que la Cámara de los Lores en Reino Unido considera que para evitar una vulneración del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (prohibición de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes) el Secretario de Estado debe proveer alojamiento, comida y “las más básicas necesidades para la vida” –alimento, agua y vestido– (párr. 7) a un solicitante de asilo que precisamente por ser solicitante de asilo no podía trabajar

Con este punto de partida de que todos los derechos generan obligaciones positivas, es posible aceptar las mayores dificultades que presenta el establecimiento de garantías judiciales para las dimensiones prestacionales, dado que pueden existir varias alternativas para satisfacer el derecho³². Sin embargo, por un lado, estas dificultades se producen en relación con todos los derechos, a propósito de los cuales los poderes políticos disponen de un margen de discrecionalidad sobre el modo en el que se hacen efectivos, y no por ello se considera que se quiebre su sometimiento a la Constitución.

Por otra parte, cuando se reclama un nivel de garantía para los derechos sociales que sea equiparable al de los derechos civiles y políticos, no se está negando que en uno y otro caso los principales obligados sean el Parlamento y el Gobierno. Puesto que hasta el momento se ha trabajado menos en la efectividad de los derechos sociales, es también interesante reflexionar sobre las fórmulas a utilizar, más allá de la garantía judicial³³. En la Observación

³⁰ S. FREDMAN, *Human Rights Transformed...*, cit.

³¹ R v Secretary of State for the Home Department ex p Limbuela [2005] UKHL 66, disponible en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051103/adam-1.htm> (última consulta 4 de enero de 2016).

³² R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 446 y 447, “Los derechos de defensa son para los destinatarios prohibiciones de destruir, de afectar negativamente, etc. Los derechos a prestaciones son para los destinatarios mandatos de proteger o promover, etc. algo. Si está *prohibido* destruir o afectar algo, entonces está prohibida *toda* acción que constituya o provoque una destrucción o afectación. En cambio, si está *ordenado* proteger o promover algo, *no* está entonces ordenada *toda* acción que constituya o provoque una protección o un a promoción... la omisión de cada acción individual de destrucción o de afectación es una condición necesaria y sólo la omisión de todas las acciones de destrucción o afectación es una condición suficiente para el cumplimiento de la prohibición de destrucción o afectación y, con ello, para la satisfacción del derecho de defensa, mientras que para el cumplimiento de los mandatos de protección o promoción, lo mismo que, en general, para el cumplimiento de los derechos a prestaciones, es suficiente la realización de sólo una acción adecuada de protección o promoción”.

³³ En esta línea P. HUNT, *Reclaiming Social Rights*, cit., p. 69 enumera la importancia de que las investigaciones incluyan otros temas además de la justiciabilidad, tales como los rela-

General 3, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puntualiza que las medidas apropiadas que pueden llegar a ser exigibles para los Estados pueden ser de carácter administrativo, financiero, educacional y social, y no sólo legislativas.

Se ha señalado como la indeterminación del contenido de los derechos sociales es otro de los argumentos que se utilizan para justificar un nivel menor de garantías, aún aceptando una fundamentación equiparable. En torno a la idea de que los derechos sociales son indeterminados, se concentra una parte interesante de la discusión a propósito de la pertinencia de establecer garantías judiciales para ellos. La identificación de un núcleo mínimo del concepto es referida como un paso adelante en la exigibilidad de los derechos y constituye una obligación que según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se derivan del PDESC³⁴, sin embargo, frente a ella, se producen planteamientos que apuntan hacia las dificultades de definir el contenido de los derechos sociales en términos universales cuando el objetivo es atender a las condiciones materiales de existencia que son necesariamente contextuales. Tratar de ofrecer un contenido mínimo y universal de los derechos sociales conduciría a excesos judiciales en el ámbito interno y a una deslegitimación de los instrumentos internacionales, se dice³⁵.

Como ocurre con otros argumentos, no parece que estemos ante una condición exclusiva de los derechos sociales. Al contrario, una de las críticas más potentes a la universalidad que define la idea de derechos humanos tiene que ver con el modo en el que a veces ha operado como un factor que

tivos a los diseños institucionales, a la formulación de estándares precisos, al papel de las organizaciones no-gubernamentales y las instituciones financieras internacionales y al modo en que los derechos sociales pueden conformar las políticas locales, nacionales e internacionales.

³⁴ CG 3, cit., párr. 10, cuya versión en inglés literalmente incluye la expresión núcleo mínimo: “a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party”, no así la versión en español, como se ha visto (“corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”. En posteriores Observaciones Generales el Comité trata de explicitar el núcleo mínimo obligatorio de diversos derechos.

³⁵ K.YOUNG, “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, *The Yale Journal of International Law*, n° 33, 2008, pp. 113-175, p. 115, enuncia así esta crítica: “That “universality” in the claims of differentially situated people is an impossible goal, and that contextualized claims advanced locally, are too complex to be addressed by the discourse and institutions of rights. With predictions of judicial overreach at the national level and juridical confusión in the international level”.

justifica la imposición de la cultura occidental a otras culturas. También se ha señalado que el carácter abstracto con el que los derechos son definidos los inutiliza como salvaguardas para la dignidad en relación con los seres humanos para los que no están pensados. Si estas críticas no se aceptan para los derechos civiles y políticos³⁶, no se entiende muy bien por qué pueden recibirse en relación con los derechos sociales y, por tanto, no se ve en qué manera puede justificarse la opinión de C. Gerty sobre la falta de controversia actual en torno al contenido de los derechos civiles y políticos frente a la porosidad que caracteriza los derechos sociales:

“The idea of human rights is open-textured. Its content changes as new ways of expressing basic values come to the fore, assuming a human rights shape in order both to capture the essence of what the right is about and at the same time to push for its further realisation in the culture in which the argument for it is being made.

All of this is particularly true of social rights because it is the social that is now at the frontier of rights-talk. Important though they remain, the contention surrounding civil and political rights belongs now to a different era, one in which democratic freedom was disputed and the basic recognition of all of us as members of a common species had yet to be universally acknowledged. There are of course still disputes about violations of these rights, but little discussion any longer about their essence, and little sense either of their being liable to change or expand over time. In contrast, it is the poroussness of the boundaries of social rights that are their main strength”³⁷.

³⁶ M.C. BARRANCO, *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Dykinson, Madrid, 2010.

³⁷ C. GERTY, “Against Judicial Enforcement”, en C. GERTY and V. MANTOUVALOU, *Debating Social Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 1-84, p. 43. “la idea de los derechos humanos es de textura abierta. Sus cambios de contenido, como nuevas formas de expresar los valores básicos, actúan asumiendo la forma de derechos humanos con el fin de captar la esencia de lo que el derecho es y de impulsar su posterior realización en la cultura en la que el argumento a su favor se está llevando a cabo. Todo esto es particularmente cierto de los derechos sociales porque es lo social lo que ahora está en la frontera del discurso sobre los derechos. A pesar de que sigue siendo importante, la disputa que rodea los derechos civiles y políticos pertenece ahora a una era diferente, una en la que la libertad democrática fue disputada y el reconocimiento básico de todos nosotros como miembros de una especie común todavía no se había reconocido universalmente. Por supuesto, hay todavía disputas sobre violaciones de estos derechos, pero poca discusión por por más tiempo sobre su esencia, y poco sentido, ya sea de que sean susceptibles de cambiar o ya de ampliar a lo largo del tiempo. Por el contrario, es la porosidad de las fronteras de los derechos sociales su principal fortaleza”.

C. Gearty utiliza para exponer su posición el informe del Comité Conjunto de Derechos Humanos del Parlamento sobre la conveniencia de una declaración de derechos para el Reino Unido³⁸. El mencionado informe recoge los argumentos que ofrece el Gobierno al Comité Conjunto anterior para considerar los derechos sociales como objetivos políticos y no como derechos exigibles jurídicamente. Entre otras razones se alude a que puesto que sus términos son imprecisos, su inclusión en una declaración de derechos permitiría a los tribunales usurpar funciones del Parlamento. Sin embargo, no parece que podamos considerar definitivamente cerrada la discusión sobre el alcance y contenido de los derechos civiles y políticos. Podemos poner como ejemplo la discusión sobre el contenido del derecho a la vida o sobre los límites a la libertad de expresión y sobre el alcance de la libertad de conciencia.

Tampoco sirve afirmar que los derechos sociales se sitúen en la frontera de lo social, puesto que esta misma idea vuelve a ser válida también para los derechos civiles y políticos. Especialmente si aceptamos que el reconocimiento del derecho implica también obligaciones orientadas a hacer posible su ejercicio y que estas pueden ser de tipo institucional pero también de carácter fáctico.

En definitiva, si la indeterminación es un argumento que permite justificar que los derechos sociales no estén constitucionalizados, o no estén provistos de garantías judiciales, este mismo argumento existiría para rechazar el constitucionalismo. Si por el contrario, se acepta la justificación del Estado constitucional y se asume, como hace C. Gearty, que los derechos sociales están fundamentados, es incoherente pretender que deben ser de exclusiva configuración legal.

5. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS

En lo sucesivo se abordarán los argumentos que tratan de justificar que los derechos sociales no pueden recibir un nivel de garantías equiparable al previsto para los derechos civiles y políticos. Al respecto, puede ser de interés analizar los distintos modelos de protección presentes en nuestro entorno

³⁸ House of Lords, Joint Committee of Human Rights, *A Bill of Rights for the UK?*, Twenty-ninth Report of Session 2007-2008, Published 10 August 2008, disponible en <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200708/jtselect/jtrights/165/165i.pdf> (última consulta 4 de enero de 2016).

a través del informe del Comité Conjunto del Parlamento del Reino Unido mencionado en el apartado anterior. En este texto, se hace referencia a tres modelos de reconocimiento de derechos sociales: el de su inclusión como directrices de política pública, un modelo en el que aparecen constitucionalizados como normas plenamente vinculantes y un modelo mixto en el que los derechos operan y un modelo en el que operan como objetivos de realización progresiva con posibilidad de control por parte de los tribunales.

En el primer modelo aquí enunciado, el Comité agrupa los sistemas en los que los derechos sociales se configuran como principios directivos de la política estatal. Esta idea es la que de acuerdo con ciertas interpretaciones se contiene en los derechos sociales que en la Constitución española aparecen como Principios Rectores de la Política Social y Económica, que, recordemos, no son todos los derechos sociales del texto constitucional. El principal inconveniente de este modelo es que, como se ha demostrado en la práctica de nuestro Estado, la ausencia de garantías judiciales pone en riesgo la relevancia práctica de las disposiciones que contienen los derechos sociales, convirtiéndolas en irrelevantes puesto que, señala el Comité, *“even democratic societies which have declared their own commitment to a set of fundamental values can often fail to implement them and can ignore the needs of its most vulnerable members”* (párr. 169).

El segundo modelo enunciado, que el Comité Conjunto analiza y rechaza, es aquel en cuyo marco los derechos sociales se consideran plenamente justiciables y jurídicamente vinculantes. El argumento principal en que se basa el Comité es que las exigencias de los derechos sociales guardan relación con cuestiones de política social y económica competencia de los órganos democráticos (Gobierno y Parlamento) y sobre cuya decisión los tribunales carecen de competencia técnica y de legitimidad. Por ejemplo, señala el Comité Conjunto, no sería constitucionalmente apropiado *“que los tribunales decidieran si un particular nivel de vida es adecuado, o si un particular paciente debe tener prioridad sobre otro para recibir un tratamiento vital”* (párr. 167). Son tres las objeciones del Comité Conjunto que subyacen a esta opinión. En primer lugar, los derechos estarían expresados de un modo demasiado vago. Además, su reconocimiento como exigencias jurídicamente vinculantes supondría dar demasiado poder a los tribunales, lo que iría en contra de la democracia. Finalmente, los tribunales no están preparados para adoptar las decisiones sobre los recursos que el reconocimiento de los derechos sociales implicaría.

En cuanto a la indeterminación, señala el propio Comité Conjunto que depende de cómo se defina el derecho en la texto en el que se reconozca. Además, ya se ha señalado que es posible apelar al núcleo mínimo de los derechos, también de los derechos sociales. Y, en todo caso, ya se ha insistido en que no se entiende por qué el inconveniente es mayor en relación con los derechos civiles y políticos que con los sociales, económicos y culturales. En cualquier caso, las dificultades guardan relación con la discusión en torno a la interpretación de la Constitución.

En torno al carácter no democrático del establecimiento de mayores garantías para los derechos sociales no parece tampoco que puedan darse argumentos que tengan mayor sentido que los que operan en torno a los derechos civiles y políticos³⁹. Cuando los derechos se garantizan frente a los poderes ejecutivo y legislativo, se está llevando hasta sus últimas consecuencias el sometimiento del poder al Derecho, como requisito de legitimidad. En nuestro contexto, no parece que hayan sido los jueces, sino más bien las minorías económicamente poderosas, quienes se hayan convertido en la principal amenaza de la democracia.

Sobre la falta de instrumentos de los órganos judiciales para adoptar decisiones sobre la distribución de recursos, también parece que este argumento pierde sentido cuando se comprueba que los derechos civiles y políticos, cuyo carácter de límite a la mayorías nadie cuestiona, son derechos caros. Que los tribunales adquieran o no competencias que excedan sus facultades depende de qué cuestiones sean las que se presenten como blindadas en la definición del derecho y esto no es un asunto nuevo, que surja específicamente cuando se trata de los derechos sociales.

A estas tres objeciones, Gearty añade otras seis, que igualmente podrían hacerse extensivas a los derechos civiles y políticos⁴⁰. Así, el autor insiste en que la justiciabilidad se vincula de modo inherente al individuo, pero no justifica por qué los derechos sociales no pueden concebirse como derechos de los individuos, precisamente cuando se construyen como derechos humanos

³⁹ R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit, p. 432: "las normas iusfundamentales que, como las de la Ley Fundamental, vinculan al legislador, establecen lo que no puede decidir el legislador legitimado democráticamente. Desde su perspectiva, fijan prohibiciones y mandatos que limitan su libertad y son, además, normas negativas de competencia que limitan su competencia. En este sentido, se produce necesariamente una colisión entre el principio de la democracia y los derechos fundamentales".

⁴⁰ Todas ellas refutadas en el mismo volumen por V. MANTOUVALOU, "In support of Legislation", en C. GEARTY and V. MANTOUVALOU, *Debating social Rights*, cit., pp. 85-172.

esto es lo que son. La alternativa sería considerarlos como bienes públicos, lo cual tampoco significa que deban quedar desprovistos de protección pero sí puede sugerir que no son derechos humanos.

Por otro lado, la acción no es necesariamente individual. A pesar de las dificultades que está encontrando en nuestros sistemas la idea de acciones públicas, esta puede ser una herramienta interesante de derechos de todas las generaciones –especialmente cuando se utiliza para hacer valer los derechos de personas incluidas en grupos en situación de vulnerabilidad–⁴¹. A pesar de la opinión de Gearty, por otro lado, los litigios estratégicos están funcionando como una herramienta provechosa.

Junto a lo anterior, cabe recordar que tal y como han sido configurados jurisprudencialmente en contextos constitucionales como el alemán o el español, todos los derechos están dotados simultáneamente de una dimensión subjetiva y de una dimensión objetiva y esta última justifica las obligaciones de los Estados aun cuando no haya un titular que reclame la necesidad de salvaguardar su posición subjetiva⁴².

Señala Gearty que el proceso judicial no es el espacio adecuado para resolver cuestiones relativas al tipo de datos empíricos que requiere la adopción de políticas públicas. Pero con independencia de otros argumentos, los tribunales ya están teniendo en cuenta datos empíricos en sus decisiones, por ejemplo, a los efectos de determinar la desventaja en los contextos de aplicación de la cláusula antidiscriminatoria⁴³.

También utiliza, para justificar que los derechos sociales deben ser articulados políticamente y no tanto a través del Derecho, las dificultades para que los tribunales puedan llevar a cabo un seguimiento de las medidas y el carácter deslegitimador que tendrían las medidas que negasen la razón a quien alega el derecho social⁴⁴. Se refiere el autor específicamente a que los derechos sociales son derechos necesariamente limitados, pero una vez más esto ocurre con todos los derechos.

⁴¹ C. FABRE, *Social Rights Under the Constitution*, cit., pp. 175 y ss.

⁴² Una propuesta al respecto en J. C. GAVARA DE CARA, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosch, Barcelona, 2010.

⁴³ Lo hace, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ver M.J. AÑÓN, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, *Isonomía*, núm. 39, 2013, pp. 127-157.

⁴⁴ C. GEARTY, “Against Judicial Enforcement”, cit., p. 69, “*the deilitating danger of the legitimation of rights-breaching circumstances through a legal assertion, corroborated by the courts, that the abuse does not in fact exist*”.

Además, se fija en el carácter conservador de la judicatura. En términos políticos, esta idea no refleja una necesidad de la ideología de los jueces, pero en los casos en que se cumple también se aplica a los derechos civiles y políticos y no deja de ser una cuestión que tiene que ver con el modo en el que se organiza el proceso, con los criterios que permiten considerar que una decisión está justificada⁴⁵ y con la formación de los operadores jurídicos (no sólo los jueces). Si el conservadurismo de los jueces guarda relación con la idea de mantenimiento del sistema existente, y este es un sistema en el que se ha avanzado en la protección de derechos, de lo que se está hablando es de garantizar el sometimiento de poder a Derecho y a los derechos y, de nuevo, la crítica de Gearty sería una crítica al constitucionalismo.

Otro argumento en el que el autor insiste a lo largo del trabajo es en las dificultades que puede encontrar el activismo para utilizar los recursos judiciales. Estas dificultades están estrechamente relacionadas con el modo en el que se garantice el derecho a la tutela de los derechos y son precisamente un test de su efectividad. De cualquier modo, cuando se reclaman garantías judiciales para los derechos sociales (o para los civiles y políticos) no se está diciendo que deban ser las únicas vías a través de las cuales se puedan hacer valer. De este modo, hay una continuidad entre este modelo y el que construye en torno a los derechos sociales un deber de realización progresiva a través de medidas razonables de tipo legislativo o de otro tipo, dentro de los recursos disponibles, que apunta el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General 3. La idea es que la responsabilidad de implementar los derechos sociales recae sobre los órganos democráticos, pero existe la posibilidad de intervención judicial en casos extremos (párr. 172). La opinión del Comité es que este esquema supera los inconvenientes que observa en los anteriores.

En cualquier caso, no parece que el modelo propuesto sea sustancialmente diferente del que se utiliza para las dimensiones prestacionales de los derechos civiles y políticos. Como se ha señalado, los jueces no pueden su-

⁴⁵ Se trata, en definitiva, de plantear criterios para la justificación de las decisiones sobre derechos sociales. Al respecto, S. FREDMAN, *Human Rights Transformed*, justifica tres criterios para la adjudicación que, en su opinión, permiten hacer compatible la garantía judicial con el respeto a la legitimidad democrática y a la posición del legislativo y el ejecutivo: los principios, la razonabilidad y la igualdad. Los principios expresan los valores constitucionales que guían a los jueces legitimando su labor al servir como criterio de supervisión de las decisiones políticas. La autora dota a la razonabilidad de un contenido sustantivo. Finalmente, la igualdad implica el escrutinio de los criterios para evitar la irracionalidad o la discriminación.

plir la actividad del legislativo y del ejecutivo⁴⁶. No podríamos afirmar que los derechos sociales (ni ningún otro derecho) están garantizados en un sistema en el que las prestaciones sólo se reconocen una vez que ha intervenido el juez, como ocurre en buena medida con el derecho a la salud en Colombia.

La garantía primaria de los derechos no es la judicial, los jueces actúan cuando los derechos son vulnerados. En estas circunstancias de vulneraciones de derechos existen distintos mecanismos que permiten hacer exigibles los derechos sociales frente al legislativo y al ejecutivo y que no implican asignar a los tribunales tareas diferentes de las que ya realizan con los derechos civiles y políticos.

Por ejemplo, una vía por la que se pueden reclamar los derechos sociales se abre cuando estos constituyen condiciones para el ejercicio de los derechos civiles y políticos. Ya se ha citado el caso Limbuela. Además, la idea de que los derechos tienen una dimensión objetiva, de la que se han extraído conclusiones en el marco del control de constitucionalidad, por ejemplo, en el caso español, sobre el derecho a la vida⁴⁷, puede ser otra de las vías a través de la cual la garantía judicial se haga efectiva, en este caso, como control abstracto de constitucionalidad.

Por otro lado, en la Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encontramos pautas para la garantía de los derechos sociales a partir del respeto al núcleo mínimo. Efectivamente, el modo en el que el Comité contempla la obligación de no reversibilidad la aproxima a las obligaciones negativas⁴⁸.

Finalmente, la vulneración de los derechos sociales puede ser al mismo tiempo un atentado contra el principio de igualdad y la prohibición de discriminación. En este contexto, merece la pena analizar hasta qué punto la pobreza se puede justificar como uno de los motivos prohibidos de discriminación, y entender que cuando el ejercicio a los derechos se condiciona al pago de un precio inaccesible para las personas que viven por debajo del umbral de la pobreza se las está discriminando⁴⁹.

⁴⁶ V. MANTOUVALOU, "In Support of Legalisation", cit., pp. 130 y ss.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 53/85 de 11 de abril, BOE. 119 de 18 de mayo de 1985.

⁴⁸ Ver al respecto M.J. AÑÓN, "¿Hay límites a la regresividad de los derechos sociales?", *Derechos y Libertades*, num. 34, 2016, p. (57-90) 60.

⁴⁹ M.C. BARRANCO, "Discriminación, pobreza y derechos sociales", *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*, volumen monográfico sobre los derechos sociales, 2016 (en prensa).

En definitiva, no existen tampoco razones técnicas que permitan justificar que los derechos sociales no reciban un nivel de garantías equiparable al de los derechos civiles y políticos.

6. CONCLUSIÓN

Hasta aquí, se ha pasado revista a los argumentos que se ofrecen para justificar que los derechos sociales reciban un menor nivel de garantías que los derechos civiles y políticos. Como puede observarse, una vez que se acepta que ambos grupos de derechos son derechos humanos, cualquier argumento que se ofrezca frente a la constitucionalización de los derechos sociales se puede hacer extensivo a la misma idea de constitucionalismo o sólo se explicaría si se pretendiera que las únicas garantías de los derechos son de tipo judicial.

De este modo, parece que si a pesar de todo se acepta la legitimidad del Estado constitucional, se impone una mayor reflexión sobre las técnicas que hagan posible la efectividad de los derechos sociales. Desde luego, una parte del trabajo por hacer tiene que ver con articular esquemas que hagan posible el control por parte de los tribunales constitucionales y del poder judicial del cumplimiento de las obligaciones de quienes están en primera instancia llamados a hacerlos efectivos. Sin embargo, con ello no basta. La adecuada garantía de los derechos requiere de una protección 'multinivel'⁵⁰. Así, cuestiones como la definición constitucional y legal del contenido de los derechos sociales, el desarrollo de planes de derechos humanos que los incluyan y que puedan orientar y dar coherencia a las políticas públicas, la habilitación de instituciones y agencias especializadas o la articulación y coordinación de los distintos niveles territoriales que puedan estar implicados, resultan clave para asegurar su eficacia.

M^a DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS
Instituto derechos humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail: mayca@der-pu.uc3m.es

⁵⁰ J. KING, *Judging Social Rights*, Cambridge University Press, 2012, pp. 41 y ss.

**LA PROTECCIÓN INDIRECTA
COMO INSTRUMENTO DE EXIGIBILIDAD
DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES
ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

*INDIRECT PROTECTION
AS A TOOL FOR THE ENFORCEMENT
OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS
BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS*

JORDI BONET PÉREZ
Universitat de Barcelona

Fecha de recepción: 17-6-15
Fecha de aceptación: 12-1-16

Resumen: *La protección indirecta es un criterio interpretativo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que permite extender la protección del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y de sus Protocolos a derechos y libertades que no se encuentran reconocidos en sus disposiciones –entre ellos, los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)– con el fin de garantizar la efectividad de los sí reconocidos. Sus diversas modalidades de aplicación exponen el potencial de la protección indirecta como instrumento que refuerza la exigibilidad de los DESC a escala europea. El análisis de la jurisprudencia del TEDH, sin embargo, refleja los límites jurídicos e interpretativos que mediatizan el alcance jurídico de la extensión –estándares básicos– de la protección obtenida por los DESC.*

Abstract: *Indirect protection is an interpretative criterion of the European Court of Human Rights (ECHR) that allows extending the protection granted by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols to rights and freedoms not included in them--among others, economic, social and cultural rights (ESCR). Its different modalities of application reveal the potential of indirect protection as a tool that strengthen the enforcement of ESCR at the European level. The analysis of the ECHR case-law, however, shows the legal and interpretative limits that*

diminish the importance of the legal reach of the extension---basic standards---of the protection granted under the ESCR.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, protección indirecta, derechos económicos, sociales y culturales, obligaciones positivas, interpretación

Keywords: European Court of Human Rights, indirect protection, economic, social and cultural rights, positive obligations, interpretation

1. INTRODUCCIÓN¹

Partiendo anticipadamente de su consideración como una manifestación jurisprudencial del activismo judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que favorece la consecución de la máxima efectividad de la protección brindada por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) y de sus Protocolos², la protección indirecta permite, en términos generales que más adelante se intentarán precisar, extender la garantía acordada por el CEDH a derechos y libertades que no se encuentran expresamente reconocidos ni en el propio CEDH ni en ninguno de sus Protocolos. En consecuencia, el recurso a la protección indirecta sitúa dentro de la esfera de control jurisdiccional internacional definida por las competencias del TEDH a derechos y libertades que, en principio, quedarían fuera del alcance *ratione materiae* de su labor judicial.

No hay duda de que el TEDH, asumiendo estas coordenadas interpretativas, contribuye a reforzar la exigibilidad jurídica de unos derechos y libertades que, de no ser por su práctica jurisdiccional, carecerían a escala europea de un mecanismo de garantía internacional de naturaleza jurisdiccional y de una jurisprudencia con efectos *erga omnes* susceptibles de fortalecer y elevar su nivel de efectividad. Aun cuando, como se verá, tal oportunidad no se circunscribe a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) no reconocidos en el CEDH o sus Protocolos, el tradicional déficit de exigibi-

¹ La elaboración de este estudio se enmarca dentro del Proyecto de investigación *La exigibilidad jurídica internacional de los derechos económicos, sociales y culturales en periodos de crisis* (DER2012-30652), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

² J. A. CARRILLO SALCEDO, "The European Convention on Human Rights", en F. GÓMEZ ISA and K. DE FEYTER (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*, University of Deusto, Bilbao, 2009, p. 385; como parte de una tendencia dirigida a ofrecer "an evolving, dynamic, and teleological interpretation" del CEDH (*ibíd.*).

lidad jurídica que el ordenamiento jurídico internacional ha venido proyectando sobre los mismos justifica que se destaque y focalice el análisis en la extensión de la protección indirecta en relación con los DESC. Definido el objeto que se pretende analizar, no cabe más que sugerir otros motivos que subrayan el interés de su examen: primero, la constatación de que, en Europa, los mecanismos de garantía de la Carta Social Europea (CSE) no comparten la naturaleza jurisdiccional que sí otorga el CEDH al TEDH³ -por lo que la protección indirecta puede coadyuvar a la *judicialización* internacional de las pretensiones de mayor efectividad de ciertos derechos humanos reconocidos en la CSE o en su versión revisada-; segundo, la pluralidad y diversidad tanto de las modalidades de aplicación mediante las que se implementa la protección indirecta como de la jurisprudencia resultante; y, tercero, la intensidad de las repercusiones de la crisis financiera de 2008 sobre las economías de muchos Estados miembros del Consejo de Europa, que sugiere la relevancia de contar con parámetros jurídicos internacionales que fijen los límites de las políticas regresivas en materia DESC⁴.

Bajo estos parámetros, la aproximación a la introducción y el desarrollo de la protección indirecta por el TEDH, y su incidencia en la exigibilidad jurídica de los DESC, se realizará a través de tres apartados: 1) la delimitación de la *protección indirecta como expresión de la metodología interpretativa del TEDH*; 2) la realización de una *aproximación a las modalidades de aplicación de la protección indirecta*; y 3) la *reflexión sobre el alcance jurídico de la protección indirecta de los DESC en la jurisprudencia del TEDH*.

³ Sin perjuicio de que el ejercicio por el Comité Europeo de Derechos Sociales de su competencia para examinar reclamaciones colectivas conforme a las prescripciones del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, de 9 de noviembre de 1995, y del art. D de la Carta Social Europea (revisada), de 3 de mayo de 1996, le lleve progresivamente a comportarse y emplear un vocabulario próximo al de los órganos jurisdiccionales como el TEDH (C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 251-252).

⁴ A título ilustrativo, y como muestra de su posición respecto a buen parte de los Estados europeos cuyos informes respecto al cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha examinado entre 2012-2015, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) le señaló a España en 2012 "su preocupación por la reducción de los niveles de protección efectiva de los derechos consagrados en el Pacto que ha resultado de las medidas de austeridad adoptadas por el Estado parte, perjudicando de forma desproporcionada al disfrute de sus derechos por las personas y los grupos desfavorecidos y marginados" (CDESC, "Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. España", *Documento E/C.12/ESP/CO/5*, § 8).

2. LA PROTECCIÓN INDIRECTA COMO EXPRESIÓN DE LA METODOLOGÍA INTERPRETATIVA DEL TEDH

Si, como afirma Abramovich, la falta mecanismos directos de exigibilidad de los DESC puede llevar a plantearse una *estrategia indirecta*, consistente “en reformular las obligaciones justiciables del Estado en materia de derechos civiles y políticos” para hacer discurrir por esa vía la violación de los DESC⁵, su desarrollo no puede sostenerse únicamente en la consolidada afirmación a nivel internacional de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos⁶, sino que las normas jurídicas deben permitir inferir que el “interés tutelado por un derecho civil cubre también el interés tutelado por la definición de un derecho social”⁷. Cobra así sentido la idea de *permeabilidad normativa* sugerida por Scott respecto a los tratados internacionales de derechos humanos⁸: “*the openness of a treaty dealing with one category of human rights to having its norms used as vehicles for (...) protection of norms of another treaty dealing with a different category of human rights*”; sea más o menos perceptible en las disposiciones convencionales y/o fruto de una interpretación conforme con las reglas interpretativas vigentes⁹, su presencia haría factible la protección de derechos y libertades distintos a los formalmente reconocidos en el tratado internacional.

Asimismo, aunque este estudio se focalice en su presencia en la actividad jurisprudencial del TEDH –cuyas competencias le llevan a postularse como garante de un orden público europeo en materia de derechos humanos¹⁰–, lo

⁵ V. ABRAMOVICH, “Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados”, *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 2, 2005, 2, p. 199.

⁶ “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí” (*Declaración y Programa de Acción de Viena*, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, § 5).

⁷ V. ABRAMOVICH, “Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados”, cit.

⁸ C. SCOTT, “The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 27, 1989, 4, p. 771; el autor, eso sí, está pensando particularmente en la interrelación entre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁹ Las reglas interpretativas contenidas en los arts. 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 (CVDT), expresan el Derecho internacional general en la materia, aunque se admita que una Organización internacional disponga de sus propias *normas pertinentes* (art. 5).

¹⁰ A partir de unas competencias dirigidas a “asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos” (art. 19 CEDH), la práctica del TEDH y de la de hoy extinta Comisión Europea de Derechos Humanos

anterior permite subrayar que la protección indirecta no es una manifestación jurisprudencial privativa del mismo a escala internacional¹¹, ni siquiera ajena a los ordenamientos jurídicos internos¹².

La permeabilidad normativa del CEDH y de sus Protocolos, captada por el TEDH, es perceptible en el que suele considerarse el primer precedente jurisprudencial del desarrollo de la protección indirecta: el *asunto Airey c. Irlanda*. Planteada la vulneración del derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH) debido a las características y el elevado coste del procedimiento de separación ante el Tribunal Supremo, y antes de indicarle al Estado que su libertad de elección de medios le permitía optar por establecer un mecanismo de justicia o asistencia gratuitas¹³ o por simplificar el procedimiento judicial, el TEDH señaló que:

parecen suscribir esta idea, al subrayar que el CEDH es “a constitutional instrument of European public order (ordre public)” (*Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), 23 March 1995, § 75, Series A no. 310); de modo que la función del TEDH sería garantizar la eficacia de ese orden público europeo (*ibíd.*). En torno al debate sobre el CEDH como parte del orden público europeo, es una aportación interesante: M. E. GARCÍA JIMÉNEZ, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del Siglo XXI*, Universidad de Valencia, Valencia, 1998, pp. 33-52. Aunque, como indicara CARRILLO SALCEDO, la existencia de este orden público europeo “does not, however, mean that the Convention’s system constitutes a European human rights *ius commune*” (J. A. CARRILLO SALCEDO, “The European Convention on Human Rights”, *cit.*, p. 641).

¹¹ Esta frase puede resumir probablemente lo que la prolija doctrina especializada entiende la esencia del sistema interamericano al respecto: “the jurisprudence of the Inter-American Court on Human Rights shows that the only adequate way to redress human rights violations is to look at rights in an integrated manner, taking full account of the fact that human rights are indivisible, interdependent, and interrelated” (M. FERIA TINTA, “Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights in the Inter-American System of Protection of Human Rights: Beyond Traditional Paradigms and Notions”, *Human Rights Quarterly*, vol. 27, 2009, 2, p. 459).

¹² “Esta vía resulta de suma importancia en aquellos países, como por ejemplo España y Chile, donde la tutela judicial constitucional a través de acciones tales como la de amparo ha sido restringida a un catálogo cerrado” de derechos fundamentales (V. ABRAMOVICH, “Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados”, *cit.*); nada de ello puede impedir que existan opiniones que consideran que el Tribunal Constitucional español “ha sido muy parco a la hora de reconducir eventuales violaciones de derechos sociales en vulneraciones de derechos civiles y políticos u otros derechos sociales” (M. DÍAZ CREGO, “El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales”, *LEX SOCIAL-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2012, p. 22). Un amplio panorama comparado respecto a la práctica estatal en varios continentes, por ejemplo, en: M. LANGFORD (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

¹³ El art. 6 CEDH solo hace referencia al asunto de la asistencia letrada gratuita respecto a los procedimientos penales: en su párrafo 3 c), se estipula: “el derecho a defenderse por

“Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature. The Court therefore considers, like the Commission, that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention [el resaltado es propio]”¹⁴.

Esta percepción jurisprudencial, que recurre a la idea de las *implicaciones de naturaleza social o económica de los derechos civiles y políticos*, junto a la constatación de que el CEDH y sus Protocolos –con alguna excepción– se centran *“almost entirely on the traditional canon of civil and political rights”¹⁵*, son un punto de partida idóneo para analizar la protección indirecta como una manifestación jurisprudencial del TEDH conectada con su metodología interpretativa, mediante una aproximación a su *noción y naturaleza jurídica*, para luego abordar su *fundamento y sus modalidades de aplicación*.

2.1. La protección indirecta en la jurisprudencia del TEDH: noción y naturaleza jurídica

No es fácil definir en qué consiste la protección indirecta si no es, sobre todo, atendiendo a los resultados o efectos jurídicos de su presencia en la práctica jurisdiccional del TEDH. Puede ayudar la opinión de Carrillo

sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan”.

¹⁴ *Airey v. Ireland*, 9 October 1979, § 26, Series A no. 32; parece que la primera opción proyecta una *dimensión prestacional y económica* que aconseja una aproximación interpretativa muy similar o idéntica a la que plantean los que se entienden en sentido estricto como DESC.

¹⁵ E. PALMER, “Protecting socio-economic rights through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights”, *Erasmus Law Review*, vol. 2, 2009, 4, p. 398. Sin perjuicio de que, aun teniendo presentes los criterios taxonómicos propios del Derecho internacional de los derechos humanos, deba apreciarse cómo: a) el derecho a la libertad de asociación sindical tiene un reconocimiento jurídico dual, como derecho civil y político (manifestación del derecho a la libertad de asociación) pero también como DESC; b) el derecho a la instrucción es reconocido en el Protocolo adicional primero al CEDH (art. 2), al tiempo que a escala universal el derecho a la educación lo es en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13); el Protocolo adicional primero al CEDH reconoce el derecho a la propiedad (art. 1), enunciado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17), pero sin desarrollo normativo en ninguno de los dos Pactos Internacionales destinados a tal fin.

Salcedo, para quien la protección indirecta “*has allowed rights not expressly guaranteed in the wording of the aforesaid legal instrument [CEDH y/ o sus Protocolos] to come into its scope of application*”¹⁶; de modo que se ha abierto la posibilidad “*of indirectly protecting rights not expressly recognised in the Convention [o en sus Protocolos]*”¹⁷. De ahí que pueda afirmarse que *funcionalmente* la protección indirecta, según el grado de implicación respecto al derecho o libertad reconocidos expresamente, facilita la inclusión de derechos y libertades no reconocidos ni en el CEDH ni en sus Protocolos dentro del ámbito de aplicación material de estos tratados internacionales, y, consecuentemente, extiende a los mismos la protección convencional otorgada por el CEDH y por sus Protocolos.

Esta doble identidad funcional de la protección indirecta tiene, además, una *proyección teleológica*¹⁸: la protección de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH y sus Protocolos puede resultar inefectiva si no se contemplan las implicaciones que los conectan con otros derechos y libertades no expresamente reconocidos, siempre en función del grado de interdependencia existente, y partiendo, por supuesto, de que la tutela de estos otros derechos y libertades se produce solo en relación con el contenido y alcance jurídicos del derecho o libertad reconocidos. La conectividad teleológica lleva a Brems a entender que la jurisprudencia que sostiene la protección indirecta es aquella por la cual “*a court working with classical civil and political rights nevertheless awards in many cases some (at times limited, at times significant) extent of protection to social rights*”¹⁹.

Sea fruto de un mayor o menor activismo judicial, la práctica jurisprudencial que afirma la protección indirecta debe apoyarse en una metodología interpretativa que permita operar tal extensión jurídica. Así, la *dimensión técnico-jurídica* de la protección indirecta adquiere un doble sentido: primero, la proyección teleológica de la protección indirecta depende de la permeabi-

¹⁶ J. A. CARRILLO SALCEDO, “The European Convention on Human Rights”, cit., p. 675.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ “*La Cour européenne des droits de l’homme perçut rapidement que l’effectivité des droits civils et politiques dont elle avait de garde ne pouvait se concevoir, dans certains cas, qu’à la condition d’admettre les prolongements sociaux de ces droits*” (J-P. COSTA, “La Cour européenne des droits de l’homme et la protection des droits sociaux”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, vol. 82, 2010, p. 210).

¹⁹ E. BREMS, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, en A. BARAK-EREZ and A. GROSS (eds.), *Exploring Social Rights between Theory and Practice*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2007, p. 137.

lidad normativa expresada por los instrumentos convencionales; y, segundo, las reglas de interpretación vigentes permiten la construcción medial de argumentos jurídicos a partir del margen jurídico ofrecido por el CEDH y sus Protocolos para expandir su ámbito de aplicación material a acciones u omisiones que, por su objeto y consecuencias, les resultan en apariencia ajenas *ratione materiae*. Tal extensión es factible puesto que el TEDH “*has developed numerous legal techniques that may be useful also for other (national as well as international) courts and supervisory bodies dealing with human rights law*”²⁰. La práctica del TEDH, mediante herramientas técnico-jurídicas adecuadas, traduce en resultados concretos aquello que la permeabilidad normativa del CEDH parece potencialmente proyectar.

En definitiva, la protección indirecta parece ser un *criterio interpretativo* al que recurre el TEDH con el fin de extender la protección de derechos y libertades que no se encuentran expresamente reconocidos por el CEDH o sus Protocolos, incluida la tutela judicial ejercida por el tribunal, en la medida en que su salvaguardia tenga implicaciones para la efectividad del goce y disfrute de los derechos y libertades sí reconocidos por el CEDH y sus Protocolos.

Esta primera aproximación perfila la necesidad de, al menos, cuatro precisiones al respecto:

- La protección indirecta no se predica como un criterio interpretativo privativo de exclusiva aplicación a los DESC, sino que el TEDH lo ha utilizado también respecto a derechos y libertades, catalogables como civiles y políticos, pero que no se encuentran tampoco reconocidos en el CEDH o en sus Protocolos. Un ejemplo muy significativo es aquella jurisprudencia del TEDH que, desde el *asunto Soering c. Reino Unido*²¹, ha interpretado el artículo 3 CEDH²² “*as including an absolute prohibition on extradition or expulsion where there is a sufficient risk that the complainant will face serious ill-treatment if returned to another state*”²³; al hacerlo, se ha dejado claro en alguna decisión judicial del TEDH que:

*“The right to political asylum is not protected in either the Convention or its Protocols”*²⁴.

²⁰ *Ibid.* p. 136.

²¹ *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, Series A no. 161.

²² “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

²³ E. PALMER, “Protecting socio-economic rights through the European Convention on Human Rights...”, *cit.*, p. 412 (nota 102).

²⁴ *N. v. Finland*, no. 38885/02, § 158, 26 July 2005.

- La protección indirecta, como apunta Warbrick, puede no necesariamente dirigirse a tutelar DESC, sino que puede contribuir de manera genérica a proteger “economic and social interests (whether or not economic and social rights)”²⁵; es decir, la pretensión del demandante puede sustentarse en un interés que, aunque relacionado con expectativas económicas, sociales y culturales identificables con los DESC, no se ha particularizado –o ello no ha sido posible–, como un contenido jurídico propio de un derecho humano (DESC). Así, por ejemplo, en relación con un requerimiento a los demandantes para no informar a mujeres embarazadas sobre la posibilidad de abortar fuera de territorio irlandés, el TEDH realizó un balance de intereses en el que ponderó la salud de estas mujeres sin referir la *implicación* con el artículo 10 CEDH (libertad de expresión) a su derecho a la salud:

*“the injunction has created a risk to the health of those women who are now seeking abortions at a later stage in their pregnancy, due to lack of proper counselling, and who are not availing themselves of customary medical supervision after the abortion has taken place”*²⁶.

- El TEDH, según Sudre, dispone de una *panoplie*²⁷ de medios interpretativos para proteger indirectamente los DESC (u otros derechos y libertades no expresamente reconocidos en el CEDH): “*notions autonomes, protection par ricochet, obligations positives, effet horizontal et même recours au soft law*”²⁸. La protección indirecta, pues, no se instrumenta solo mediante la denominada protección de rebote o por *ricochet* –que no debería confundirse, entonces, con la propia protección indirecta–; la protección de rebote es una creación puramente pretoriana²⁹ que extiende la protección otorgada a un derecho o

²⁵ C. WARBRICK, “Economic and Social Interests and the European Convention on Human Rights”, en M. BADERIN, and R. Mc CORQUODALE (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 247.

²⁶ *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, 29 October 1992, § 77, Series A no. 246-A.

²⁷ F. SUDRE, “La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l’homme: un exercice de «jurisprudence fiction»?”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, Vol 55, 2003, p. 768.

²⁸ J-P. COSTA, “La Cour européenne des droits de l’homme et la protection des droits sociaux”, cit., p. 211.

²⁹ F. SUDRE, *Droit européenne et international des droits de l’homme*, PUF, 12^e édition refondue, Paris, 2015, p. 869, § 612.

libertad por el CEDH o un Protocolo ponderando la interrelación –“attraction”³⁰– de su contenido jurídico con el de un DESC. La protección indirecta no se encauza exactamente igual si tal extensión se produce, por ejemplo, a través de la delimitación autónoma que realiza el TEDH del alcance jurídico de una de las nociones empleadas en las disposiciones convencionales³¹.

- La tutela jurídica de los DESC o de intereses económicos, sociales y culturales no particularizados como tales se vehicula también como soporte de las finalidades legítimas³², de utilidad pública o de interés general³³ que justifican las limitaciones del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos; es decir, afirmando y reforzando la protección del interés público garantizado por el Estado³⁴. Eso sí, se producen referencias muy (incluso excesivamente) genéricas a los “*interests of social justice*”³⁵, sin perjuicio de que se admita correlativamente que el Estado goza de una amplia discrecionalidad para

³⁰ F. SUDRE, “La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l’homme...”, cit., p. 760.

³¹ Por ejemplo, la protección indirecta de un DESC (o de un interés de naturaleza económica, social o cultural) a través del derecho a un proceso equitativo –art. 6 CEDH– puede depender de interpretar que la noción de *obligaciones de carácter civil* engloba o no las reclamaciones cuyo objeto es un derecho o interés económico, social o cultural –piénsese en una reclamación administrativa respecto a una prestación social–; la operación interpretativa no es igual a la que supone inferir la dimensión DESC de un derecho o libertad expresamente reconocido a partir de las expectativas generalizables que caracterizan su contenido jurídico.

³² Véanse las cláusulas restrictivas operativas respecto a ciertos derechos y libertades, en las que se enumeran una pluralidad de finalidades que legitiman la restricción de los derechos y libertades reconocidos: párrafo 2 de los arts. 8 a 11; o bien, el párrafo 3 del art. 2 del Protocolo n.º 4.

³³ La primera como potencial justificación de la privación de la propiedad y la segunda de la reglamentación del uso de bienes (art. 1 Protocolo adicional primero).

³⁴ A modo de ejemplo, se ha tenido presente al evaluar la admisibilidad de una demanda respecto a los efectos sobre el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) de los ruidos generados por un aeródromo privado, la “*proportion of the employment created by the aerodrome being dependent on such flying*” (*Ashworth and other v. United Kingdom* (dec.), no. 39561/98, § 1, 20 January 2004); al ponderar el carácter discriminatorio o no de la exclusión de los demandantes del ámbito de aplicación de una exención de impuestos, se ha sopesado si esta favorecía o no la transmisión generacional de empresas y la mejora de “*the job market*” (*Ana Maria Francisca Berkovens and Johannes Cornelius Berkovens v. the Netherlands* (dec.), no. 18485/14, § 34, 27 May 2014).

³⁵ Por ejemplo, al evaluar la vulneración del derecho a la propiedad en relación con la adopción de paquetes de austeridad (*N.K.M. v. Hungary*, no. 66529/11, § 65, 14 May 2013).

establecer su política económica y social³⁶. Debe recordarse, asimismo, que la salud es una finalidad legítima contemplada en el CEDH y sus Protocolos para la imposición de limitaciones al ejercicio de algunos de los derechos y libertades reconocidos³⁷; dos relativamente recientes sentencias del TEDH contra la República Checa, por ejemplo, han ponderado a tenor de esta finalidad legítima la adecuación al artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar) de “*some precautionary measures to protect the newborn child’s health*”³⁸.

2.2. Fundamento y modalidades de aplicación de la protección indirecta

El carácter afirmativo de la protección indirecta como criterio interpretativo, enlaza necesariamente con una metodología interpretativa que parte de la potencialidad de la *dimensión teleológica* del CEDH³⁹: de su efecto útil como instrumento jurídico cuya finalidad es la protección internacional de

³⁶ *Ioanna Koufaki et ADEDY contre la Grèce* (dec.), nos. 57665/12 et 57657/12, § 39, 7 Mai 2013; el acrónimo ADEDY corresponde a la Confederación de Sindicatos de Funcionarios Públicos helena.

³⁷ Véase Nota 32.

³⁸ *Hanzelkovi v. the Czech Republic*, no. 43643/10, § 79, 11 December 2014; en el mismo sentido: *Dubská and Krejzová v. the Czech Republic*, nos. 28859/11 and 28473/12, §§ 97-101, ECHR 2014 (esta segunda sentencia de la Sala del TEDH ha sido objeto de remisión a la Gran Sala conforme al art. 43 CEDH); en concreto, se examina la duración de la permanencia del neonato en el hospital tras el parto.

³⁹ Téngase presente que el art. 31 CVDT establece como regla interpretativa general (véase Nota 9) que:

“1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

los derechos humanos⁴⁰; en su ya mencionada sentencia sobre el *asunto Airey c. Irlanda*, el TEDH argumenta que el CEDH “*is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective*”⁴¹.

La efectividad del CEDH y de sus Protocolos es inseparable, además, de una percepción *dinámica y evolutiva* de los instrumentos jurídicos respecto a los cuales dispone de competencia el TEDH: “*The European Court of Human Rights interprets the Convention in the light of present-day conditions*”⁴², teniendo presente la evolución de las sociedades europeas respecto a las materias concernidas. El encaje convencional de los DESC o los intereses económicos, sociales y culturales no particularizados como tales hace indispensable una interpretación evolutiva, ya que, según O’Connell, son ámbitos materiales “*that could not conceivably have been within the intention of the drafters of the Convention*”⁴³; afirmación coherente con la realizada por Fernández de Casadevante Romaní, al subrayar que la “consecuencia de esa interpretación evolutiva del Convenio [del CEDH] llevada a cabo por el TEDH ha sido el reconocimiento de nuevos derechos o, en su reverso, el establecimiento de nuevas obligaciones a cargo de los Estados”⁴⁴.

La maximización del alcance de la efectividad del CEDH y de sus Protocolos reclama adicionalmente la concurrencia de otro criterio interpretativo que, de un modo u otro, fundamenta más íntimamente el recurso jurisprudencial a la protección indirecta: la identificación en el CEDH y en sus Protocolos de *obligaciones positivas* que, según MOWBRAY, implican el compromiso estatal de “*to undertake specific affirmative tasks*”⁴⁵:

⁴⁰ Téngase presente que el art. 1 CEDH, en su versión inglesa, afirma que: “*The High Contracting Parties shall secure* [el texto igualmente auténtico en francés emplea el término *reconnaissent* mientras que la versión española usa el término *reconocen*] *to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention*”; el subrayado es propio.

⁴¹ *Airey v. Ireland*, 9 October 1979, § 24, Series A no. 32.

⁴² *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 58, Series A no. 31.

⁴³ R. O’CONNELL, “Social and Economic Rights in the Strasbourg Convention”, en *Rule of Law and Fundamental Rights of Citizens: the American and European Conventions on Human Rights*, Esperia Publications, London, 2009, p. 16; disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1368722> (consulta: 01/05/2015).

⁴⁴ C. FERNÁNDEZ DE CASDEVANTE ROMANÍ, “El sistema europeo: el Consejo de Europa y los derechos individuales (I)”, en: C. FERNÁNDEZ DE CASDEVANTE ROMANÍ (dir.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dilex S.L., 4ª edición, Paracuellos del Jarama (Madrid), 2011, p. 191.

⁴⁵ A. MOWBRAY, “*The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*”, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2004, p. 2.

“A central element in the Court’s use of the ‘practical and effective’ principle of interpretation has been the view that States cannot fulfil their duties under the Convention by simply remaining passive. As we have seen in the cases examined above, various forms of positive obligations have been imposed upon different governmental bodies in order to secure a realistic guarantee of Convention rights and freedoms”⁴⁶.

El CEDH y sus Protocolos contienen expresamente obligaciones de este tenor: *“The dominant group of positive obligations expressly imposed (...) were concerned with different stages of the criminal justice system”⁴⁷*; no obstante, aun cuando el TEDH admita no haber desarrollado una teoría general sobre las obligaciones positivas⁴⁸, interpreta generalmente que el Estado no solo está obligado a abstenerse de interferir en los derechos y libertades reconocidos el CEDH y sus Protocolos: *“in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective”* respeto de los mismos⁴⁹.

La jurisprudencia del TEDH contribuye a pensar, como hace SHUE, que es imposible que un derecho o libertad quede plenamente garantizado sin una acción positiva estatal⁵⁰; además, es un ejemplo de cómo la brecha derechos civiles y políticos/DESC se ha visto reducida al admitirse progresivamente por la doctrina y la práctica internacional que las obligaciones tanto positivas como negativas se integran en las exigencias jurídicas de cualquier

⁴⁶ A. MOWBRAY, “The Creativity of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 5, 2005, 1, p. 78.

⁴⁷ A. MOWBRAY, “The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights...”, cit. p. 222. Sin ánimo de exhaustividad: todo detenido preventivamente deba ser informado, “en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella” –artículo 5,2 CEDH–; o bien, también, el derecho de todo encausado a “ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia” –artículo 6,3 c)–.

⁴⁸ *Plattform “Ärzte für das Leben” v. Austria*, 21 June 1988, § 31, Series A no. 139.

⁴⁹ *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 30, Series A no. 31 (en este caso el respecto al derecho a la vida familiar); quizá, la ausencia de una teoría general jurisprudencial se deba a la diversidad de tipologías de obligaciones positivas presentes en la jurisprudencia del TEDH (A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights...*, cit. p. 2); MOWBRAY las compila tras su estudio de jurisprudencia, incluida la muy relevante obligación jurídica de tomar medidas razonables para proteger al individuo de violaciones del CEDH o de sus Protocolos por otras personas privadas (*ibid.* pp. 225-231).

⁵⁰ H. SHUE, *Basic Rights: Substance, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, Second edition, Princeton (NJ), 1996, p. 53; partiendo de su conceptualización tripartita de las obligaciones jurídicas relativas a los derechos humanos –*avoidance, protection and aid*–.

derecho o libertad⁵¹. Todo ello, sin perjuicio de que el balance entre obligaciones positivas/negativas pueda variar en función del contenido jurídico de cada derecho o libertad reconocidos⁵².

Todo esto convierte en nada desdeñables los llamamientos de autores como Merrills a la cautela interpretativa, pensando precisamente en las obligaciones positivas respecto a los DESC. Entre otras razones, porque un Estado Parte “*may not bargain for is to find itself put to considerable trouble and expense as a result of an obligation to advance particular social or economics which it may not wholly support*”⁵³. La prudencia parece ser la divisa del TEDH al respecto⁵⁴: si bien las obligaciones positivas han facilitado “*to provide for the economic and social needs*”⁵⁵, no es menos cierto que el proceso interpretativo responde a la lógica de los derechos civiles y políticos de los que se infiere tal extensión material⁵⁶. Por ejemplo, está condicionado por la aplicabilidad del espacio de discrecionalidad del que disponen los Estados Partes para adoptar sus decisiones –criterio del *margen de apreciación*⁵⁷–. Estos factores permiten, sin duda, mediatizar el nivel de los estándares alcanzados⁵⁸.

⁵¹ M. SEPÚLVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, 2003, p. 124; en idéntico sentido: Ch. TOMUSCHAT, *Human Rights. Between Idealism and Realism*, Oxford University Press, Third edition, Oxford, 2014, p. 148.

⁵² A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights...*, cit. p. 224.

⁵³ J.G. MERRILLS, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, Second edition, Manchester, 1993 [paperback edition 1995], p. 106; MERRILLS entiende que, pese a que las decisiones del TEDH estén muy influenciadas por ciertas características del CEDH –por ejemplo, la evidencia de que contiene obligaciones jurídicas de carácter objetivo–, la aproximación interpretativa del TEDH tiene su base en la CVDT (*ibid.* p. 69).

⁵⁴ E. BREMS, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, cit., p. 164.

⁵⁵ C. WARBRICK, “Economic and Social Interests and the European Convention on Human Rights”, cit. p. 256.

⁵⁶ E. BREMS, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, cit., p. 165.

⁵⁷ Véase Apartado 4.2. Partiendo del carácter subsidiario de su jurisdicción así como de que las autoridades nacionales están en principio mejor situadas para evaluar las necesidades derivadas de la realidad social interna, el TEDH entiende que, al realizarse el balance entre los intereses del individuo y los intereses generales que puedan justificar la adopción de limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos (también cuando se recurre a la cláusula derogatoria del art. 15 CEDH), el Estado goza de un margen de apreciación, más o menos extenso según el caso, respecto a la forma en que pondera los intereses en juego.

⁵⁸ Señala PALMER que, “*despite the well-recognised conceptual inadequacy of the positive-negative dichotomy of rights, its pervasive influence continues to be strongly reflected in the ECtHR’s*

Admitiendo que la práctica jurisdiccional del TEDH reserva, al menos expresamente, “*a rather limited role*”⁵⁹ a la operación de identificación del sentido corriente de los términos empleados en el CEDH y sus Protocolos en el marco de su contexto, como parte del proceso interpretativo⁶⁰, cabe plantearse si la protección indirecta se apoya, dentro de las coordenadas descritas, en una interpretación fundamentada en el principio de integración, de manera que el significado de los términos empleados se encuentre “*in the context of the treaty as a whole (including the text, its preamble and annexes, and any agreement or instrument related to the treaty and drawn up in connection with its conclusion)*”⁶¹.

Aun cuando, como señala Nolte, las referencias al Preámbulo sean la excepción a la “*lack of importance of the context*” en la jurisprudencia del TEDH⁶²,

jurisprudence, especially in socioeconomic complaints concerning access to basic socio-economic provisions” (E. PALMER, “Protecting socio-economic rights through the European Convention on Human Rights...”, cit. p. 424).

⁵⁹ G. NOLTE, “Report 2. Jurisprudence Under Special Regimes Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice”, en: G. NOLTE (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 249.

⁶⁰ Hay ocasiones, por ejemplo, en que los términos en que está redactada la disposición convencional –por ejemplo, el art. 7 CEDH (No hay pena sin ley)– no son tenidos por argumento esencial: “*taking into account the developments mentioned above [nuevos instrumentos jurídicos internacionales], the Court cannot regard that argument as decisive*” (*Scoppola v. Italy* (no. 2) [GC], no. 10249/03, § 107, 17 September 2009). La opinión parcialmente disidente de los jueces NICOLAOU, BRATZA, LORENZEN, JOČIENÉ, VILLIGER y SAJÓ en este asunto sostiene que ninguna interpretación judicial “*however creative, can be entirely free of constraints. Most importantly it is necessary to keep within the limits set by Convention provisions*” (*ibid.* pp. 46-47), apoyándose en la propia jurisprudencia del TEDH: “*the Court cannot, by means of an evolutive interpretation, derive from these instruments a right which was not included therein at the outset. This is particularly so here, where the omission was deliberate*” (*Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, § 53, Series A no.112).

⁶¹ J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, 8th edition, Oxford University Press, 2012, p. 381. Lo que concuerda con la idea de que el sentido corriente de los términos empleados en el tratado internacional “*must not be determined abstractly but in their context and by reference to the objective and the purpose of the treaty*” (C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ, *Sovereignty and Interpretation of International Norms*, Springer, Berlin, 2007, p. 47; del mismo autor: C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, *La Interpretación de las Normas Internacionales*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, p. 84); idea que comparte el juez REES, en una opinión disidente en la que señaló que la determinación del sentido corriente de los términos del tratado internacional “*can only be established from the text as a whole*” (*Vo v. France* [GC], no. 53924/00, § 4 [dissenting opinion of Judge Rees], ECHR 2004 - VIII).

⁶² G. NOLTE, “Report 2. Jurisprudence Under Special Regimes...”, cit., p. 251.

no hay que despreciar aquellos indicadores que pueden permitir interpretar (e integrar) los términos utilizados en el CEDH y sus Protocolos coherentemente con los presupuestos de la protección indirecta; partiendo de que el Preámbulo sostiene la dimensión teleológica que justifica la adopción de la protección indirecta como criterio interpretativo⁶³, existen disposiciones convencionales cuya redacción canaliza potencialmente la protección de derechos y libertades, incluso de intereses, en principio ajenos al CEDH y sus Protocolos⁶⁴. Por ende, la redacción de otras disposiciones convencionales no impide la inferencia de conexiones implícitas con derechos y libertades y/o intereses no particularizados como derechos y libertades que no se encuentran expresamente reconocidos en el CEDH o en sus Protocolos –por ejemplo, el derecho a la vida⁶⁵–, ni que de esas mismas disposiciones convencionales se desprenda que puedan abarcarlos o incorporarlos vía interpretativa para su tutela jurídica⁶⁶.

El desarrollo del criterio de la protección indirecta también puede relacionarse con una interpretación sistémica⁶⁷ del CEDH y de sus Protocolos –más allá de su integración contextual con acuerdos o práctica posteriores acerca de la interpretación del propio tratado internacional (artículo 31,2 CVDT)–, que tenga bien presente todo su *entorno normativo*⁶⁸:

⁶³ Ibid. pp. 251-252.

⁶⁴ Por ejemplo, el derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH) o la prohibición general de la discriminación (artículo 1 Protocolo 12); véase Apartado 3.1. (protección indirecta por conexión explícita).

⁶⁵ Como señala SEPÚLVEDA, la protección del derecho a la vida puede entrañar la necesidad de que un Estado “provide assistance commodities to those deprived of the means to protect their lives through their own efforts”, atendiendo a sus necesidades básicas (M. SEPÚLVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant...*, cit., p. 146).

⁶⁶ Por ejemplo, el derecho a la propiedad (art. 1 Protocolo adicional primero) respecto a las prestaciones de seguridad social.

⁶⁷ En el sentido de un *logical system* entendido como un “set of norms expressed” (U. LINDERFALK, *On The Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, Berlin. pp. 105 y 189); en torno al CEDH y este tipo de interpretación: J. D’ASPREMONT, “Articulating International Human Rights and International Humanitarian Law: Conciliatory Integration under the Guise of Conflict of Norms-Resolution”, en M. FITZMAURICE and P. MERKOURIS (eds.), *The Interpretation and Application of the European Convention on Human Rights. Legal and Practical Implications*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2013, pp. 6 a 16.

⁶⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. Elaborado por Martti Koskeniemi”, *Documento A/CN.4/L.682*, p. 249, § 430.

- La práctica jurisdiccional del TEDH es significativa en el sentido de acumular “*a sufficient amount of case-law for assessing the relevance of the subsequent practice*”⁶⁹; en este sentido, la jurisprudencia del TEDH parece interpretar el CEDH y sus Protocolos no solo en referencia a la subsiguiente práctica estatal sino también a la subsiguiente práctica social (evolución social)⁷⁰. Particularmente, la existencia o inexistencia de un consenso en la práctica de los Estados Partes, o una tendencia más o menos mayoritaria de la misma, perfilan los términos y el alcance del dinamismo interpretativo y evolutivo del CEDH y de sus Protocolos; en este mismo sentido, el TEDH no ha soslayado la posibilidad de que las disposiciones convencionales puedan, a partir de la práctica estatal, ser enmendadas⁷¹.
- Tras admitir que estos mismos instrumentos jurídicos pueden influir en la práctica estatal, la referencia a otras normas jurídicas internacionales pertinentes que sean aplicables entre las partes (artículo 31,3 c) CVDT) debe, teóricamente, acotarse al empleo de aquella norma jurídica internacional que resulte *relevante*, de manera que “*(and only if) it governs the state of affairs, in relation to which the interpreted treaty is examined*”⁷²; un buen ejemplo es el recurso a la definición que ofrece el artículo 2,1 del Convenio n° 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio (1930) de la OIT, para interpretar

⁶⁹ G. NOLTE, “Report 2. Jurisprudence Under Special Regimes...”, cit. p. 244; de otra parte, este autor señala en su informe que “*it appears that the Court has never actually examined whether an agreement between states parties could be a relevant ‘subsequent agreement’ in the sense*” del art. 31, 3 a) CVDT (*ibid.* p. 246).

⁷⁰ “*The Court accordingly attaches less importance to the lack of evidence of a common European approach to the resolution of the legal and practical problems posed, than to the clear and uncontested evidence of a continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals*” (*Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 85, ECHR 2002-VI); el subrayado es propio. Como señala NOLTE, aunque no sea necesariamente independiente de la evolución de la práctica estatal, en ocasiones puede llegar a desmarcarse de ella (G. NOLTE, “Report 2. Jurisprudence Under Special Regimes...”, cit., pp. 248 y 262).

⁷¹ *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, §§ 162-165, ECHR 2005-IV; el hecho de que solamente tres Estados Partes del CEDH no hubieran aceptado por entonces el Protocolo 13 –abolió de la pena de muerte en cualquier circunstancia–, “*together with consistent State practice in observing the moratorium on capital punishment, are strongly indicative that Article 2 has been amended so as to prohibit the death penalty in all circumstances*” (*Al-Saadoon and Mufidhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08, § 120, ECHR 2010).

⁷² U. LINDERFALK, *On The Interpretation of Treaties...*, cit., p. 178.

la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio conforme al artículo 4,2 CEDH⁷³. Nada excluye que el Derecho internacional general u otros tratados internacionales –especialmente los que, como por ejemplo la CSE o el Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), integran el Derecho internacional de los derechos humanos⁷⁴– puedan dar pie a una *interpretación social* de los términos del CEDH y de sus Protocolos, y, por tanto, a una aproximación interpretativa proclive a la protección indirecta de los DESC, sin perjuicio de ser consciente de los límites jurídicos de esta integración –véase Apartado 4.1–.

- Esta potencialidad se acrecienta si se entiende que, a efectos interpretativos, el TEDH realiza una aproximación global a la *práctica jurídica internacional*⁷⁵: no solo porque pueda encontrar referencias para formular sus argumentos en decisiones jurisdiccionales internacionales –por ejemplo, de la Corte Internacional de Justicia⁷⁶–, sino porque las identifica también, a título comparativo y evolutivo, en tratados internacionales no aplicables a las relaciones entre los Estados Partes, como la Convención Americana de Derechos

⁷³ “Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio”.

El art. 2,1 Convenio n° 29 dice lo siguiente: “A los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. Este recurso manifiesta la tendencia, señalada por el propio TEDH, a tener en cuenta los Convenios de la OIT, en la medida en que generalmente “*are binding on almost all of the Council of Europe’s member States*” (*Siliadin v. France*, no. 73316/01, § 115, ECHR 2005-VII) –en este caso, Francia es Parte del Convenio n° 29 de la OIT–.

⁷⁴ Así como también las decisiones de los órganos de expertos que velan por su cumplimiento; así, el TEDH en diversas ocasiones ha tomado, por ejemplo, “*into account elements of international law other than the Convention, such as the European Social Charter, and the interpretation of such elements by competent organs*” (*Berger-Krall and Others v. Slovenia*, no. 14717/04), § 119, 12 June 2014). Una referencia conjunta a diversos tratados internacionales puede verse en: *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, §§ 69-75, ECHR 2008); asimismo, puede encontrarse mención al PIDESC, no ya como referencia normativa, sino como instrumento pertinente a efectos interpretativos (*Ponomaryovi v. Bulgaria*, no. 5335/05, § 57, ECHR 2011).

Véase en el Apartado 4.1. el comentario sobre la especial relación político-jurídica entre el CEDH y la CSE.

⁷⁵ G. NOLTE, “Report 2. Jurisprudence Under Special Regimes...”, cit., p. 259; lo que es perceptible ocasionalmente, pero sin ambages, en la propia argumentación del TEDH (*Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, §§ 69-75, ECHR 2008).

⁷⁶ *Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia* [GC], nos. 43370/04, 8252/05 and 18454/06, § 115, ECHR 2012.

Humanos⁷⁷; o bien, como el TEDH admite respecto a la labor de los órganos del Consejo de Europa⁷⁸, en instrumentos no jurídicamente vinculantes de Organizaciones internacionales.

- A tenor de lo expuesto, la interpretación del lenguaje del tratado internacional parece ser acorde complementariamente con el principio de contemporaneidad, es decir, ateniéndose no solo a las reglas de Derecho internacional vigentes en el momento de su conclusión sino también “a la luz del sentido contemporáneo que posean esos términos”⁷⁹.

Todo lo expuesto no disipa las dudas sobre si la metodología interpretativa que enmarca la emergencia del criterio de protección indirecta se adecua en su construcción a los parámetros de la CVDT. En particular, debido a que, más allá de que el TEDH entienda que la CVDT enuncia “*in essence generally accepted principles of international law to which the Court has already referred on occasion*”, no deja de afirmar que “*for the interpretation of the European Convention account is to be taken of those Articles subject, where appropriate, to ‘any relevant rules of the organization’ –the Council of Europe– within which it has been adopted*” (Article 5 of the Vienna Convention [véase Nota 9])⁸⁰; también el TEDH ha precisado que su labor “*is guided mainly by the rules of interpretation*” de los artículos 31 a 33 CVDT⁸¹. Estas dudas las expresan autores, como pueda ser Mowbray, al asumir que la *doctrina de la efectividad* –referente de partida del criterio de la protección indirecta– es esencialmente fruto de la creatividad del TEDH⁸², lo que parece situarla más como un reflejo de la especificidad interpretativa del CEDH que como un recurso exclusivo al art. 31,1 CVDT; otros autores subrayan la especificidad del tratamiento por el TEDH de la práctica subsiguiente, en comparación, por ejemplo, del realizado por la Corte Internacional de Justicia⁸³.

⁷⁷ *Petropavlovskis v. Latvia*, no. 44230/06, §§ 48 y 81, ECHR 2015.

⁷⁸ *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, § 75, ECHR 2008.

⁷⁹ C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, *La Interpretación de las Normas Internacionales*, cit., p. 84.

⁸⁰ *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, § 29, Series A no. 18.

⁸¹ *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, § 65, ECHR 2008; el subrayado es propio.

⁸² A. MOWBRAY, “The Creativity of the European Court of Human Rights”, cit., p. 58.

⁸³ G. NOLTE, “Report 2. Jurisprudence Under Special Regimes...”, cit., p. 268; máxime cuando, al mismo tiempo, cuestiona que la interpretación evolutiva derive siempre y necesariamente de una evaluación relacionada con el objeto y fin del CEDH, y no, como

La explicación se encuentre quizá en las palabras de Casadevall, para quien las reglas de la CVDT “no bastan para resolver todas las cuestiones que plantea la aplicación del Convenio Europeo [el CEDH] en su condición de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, ni son el único medio disponible, de tal manera que el TEDH (y ya antes la Comisión) se ha inspirado de otros estatutos y reglas de derecho internacional y ha recurrido a los principios generales del derecho admitidos comúnmente”⁸⁴. En su apoyo, Carrillo Salcedo había ya antes admitido que, aunque el TEDH “has expressly referred to the rules of interpretation set out in Articles 31 to 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, it has, nevertheless, used criteria for interpretation that respond to the specific nature of the European Convention of Human Rights”⁸⁵.

Sea como fuere, la protección indirecta, desarrollada a través de técnicas interpretativas diversas –lo que, como se ha visto, Sudre y Costa entienden como medios interpretativos–, presenta dos modalidades iniciales de aplicación: la protección indirecta por *conexión*, que identifica la existencia de una relación “íntima e inescindible”⁸⁶ entre el derecho o libertad reconocido en el CEDH o en sus Protocolos, y el DESC o el interés económico, social o cultural cuya protección jurídica es pretendida –violándose el derecho o libertad reconocida si no se protegiesen jurídicamente de manera adecuada el DESC o interés económico, social o cultural conexos–; y la protección indirecta por *incorporación*, que integra, como parte del contenido jurídico del derecho o libertad reconocidos en el CEDH o en sus Protocolos, el contenido –o parte del mismo– de un DESC o de un interés económico, social o cultural debido a una operación racional que identifica la lógica agregativa de tal resultado.

La *protección indirecta por conexión*, empero, presenta dos variantes diferenciadas:

- La protección indirecta por *conexión explícita*: la delimitación jurídico-formal del contenido y alcance jurídicos del derecho o libertad reconocidos explicita la base jurídica de la conexión con el DESC

sucede en ocasiones, del análisis de las condiciones o de la situación en la práctica actuales (ibíd. p. 254).

⁸⁴ J. CASADEVALL, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 138.

⁸⁵ J. A. CARRILLO SALCEDO, “The European Convention on Human Rights”, cit., p. 660.

⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-491, de 13 de agosto de 1992, § 2.

o interés económico, social y cultural a proteger. Tal sucede con el derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH), el derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH), la prohibición de la discriminación (artículo 14 CEDH) y la prohibición general de la discriminación (artículo 1 Protocolo 12). Las tres primeras disposiciones presentan una diferencia sustancial con la cuarta: las tres primeras precisan de una operación interpretativa previa que conecte el DESC o interés económico, social o cultural a proteger con o lo incorpore a un derecho o libertad reconocidos en el CEDH o en sus Protocolos; mientras que la configuración jurídica del artículo 1 Protocolo 12 hace a priori innecesaria esa operación ya que parte de un reconocimiento jurídico a nivel interno del derecho o libertad⁸⁷. En este último supuesto, más que en potenciales obligaciones positivas, el fundamento de la protección indirecta reposa en la literalidad del precepto convencional y en sus condiciones.

- La protección indirecta por *conexión implícita*: la conexión con el DESC o interés económico, social y cultural a proteger no es identificable jurídico-formalmente en la disposición convencional: deviene de una conexión material, racional y/o incluso inherente, entre los respectivos contenidos jurídicos que, en cualquier caso, debe identificar el TEDH.

⁸⁷ “1. El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. 2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1”.

SUDRE entiende que la noción de *derechos reconocidos por la ley* incluye todo DESC creado por las fuentes de derecho interno pero también instrumentos jurídicos internacionales de los que el Estado sea Parte, como la CSE o los Convenios de la OIT (F.SUDRE, “La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l’homme...”, cit., p. 770); también, G. CHATTON, “La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta”, *Revista de Derecho Político*, Vol. 73, 2008, p. 304.

En cuanto a la importancia de la interpretación autónoma de la noción de *obligación de carácter civil* del art- 6 CEDH, véase Nota 31; respecto al derecho a un recurso efectivo y a la prohibición de la discriminación (arts. 13 y 14 CEDH) precisan que el DESC o interés económico, social o cultural se entienda previamente conectado a un derecho o libertad reconocidos en el CEDH o en sus Protocolos, pues ambas disposiciones solo son de aplicación respecto a derechos y libertades reconocidos en el CEDH y sus Protocolos.

3. APROXIMACIÓN A LAS DISTINTAS MODALIDADES DE APLICACIÓN DE LA PROTECCIÓN INDIRECTA

Esta aproximación se realizará por separado a las tres modalidades de aplicación de la protección indirecta identificadas; sin pretensión alguna de realizar un estudio exhaustivo, se quieren particularizar las tendencias jurisprudenciales que marcan su respectivo desarrollo en la jurisprudencia del TEDH.

3.1. La protección indirecta por conexión explícita

Esta modalidad de aplicación de la protección indirecta se produce esencialmente respecto a disposiciones convencionales del CEDH y de sus Protocolos que proyectan la necesidad de una efectiva protección jurisdiccional y la protección frente a prácticas discriminatorias.

3.1.1. La protección jurisdiccional (artículos 6 y 13 CEDH)

El “enorme potencial protector”⁸⁸ de las garantías jurisdiccionales, y en particular del derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH), se desarrolla fundamentalmente, a tenor del párrafo 1 del mismo⁸⁹, bajo la premisa de que la acción judicial emprendida o que no se ha podido emprender tiene como objeto procesal *derechos y obligaciones de carácter civil*⁹⁰.

Aun cuando la solución parezca hoy plenamente asentada, esta cuestión no ha sido pacífica en la práctica del TEDH (y de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos) respecto a litigios en materia de seguridad social y otros beneficios sociales⁹¹; no es hasta mediados de los 80 que

⁸⁸ L. JIMENA QUESADA, “El derecho a un proceso equitativo reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su proyección nacional: entre el tiempo para conocer Europa y el tiempo para hacer justicia conforme a los parámetros europeos”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furiol Ferriol*, vol. 50-51, 2005, p. 188.

⁸⁹ “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...)”.

⁹⁰ Un concepto más que el TEDH ha interpretado autónomamente, dentro de su política jurisdiccional de proceder a una “*autonomous interpretation of the legal concepts set out in its provisions*” (J. A. CARRILLO SALCEDO, “The European Convention on Human Rights”, cit., p. 664).

⁹¹ S. G. NAGEL, and F. R. KESSLER, F. R., *Social security law*, Council of Europe, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010 p. 35.

se consolida la percepción de que las reclamaciones en este ámbito tienen el *perfil privado predominante* que exige el artículo 6,1 CEDH: el TEDH dictaminó que una cobertura de “*social security insurance do not affect the essential character of the link between the insured and the insurer*”⁹² –propio y característico de los seguros privados–. El TEDH, además, identifica los dos principales problemas para que la protección del artículo 6,1 CEDH sea eficaz en este ámbito⁹³: la duración razonable o no de los procedimientos administrativos y judiciales⁹⁴; y la inejecución de sentencias o de decisiones administrativas que causan un perjuicio económico que afecta a la calidad de vida del demandante⁹⁵.

La falta de una adecuada ejecución de una decisión judicial se vincula en el *asunto Ekholm v. Finlandia* a un conflicto por exceso de ruidos que provoca la intervención de las autoridades sanitarias. Esta constatación lleva al TEDH a enfatizar la relevancia de los procedimientos administrativos de ejecución: “*Where an administrative authority refuses or fails to comply, or even delays doing so, the guarantees under Article 6 enjoyed by a litigant during the judicial phase of the proceedings are rendered devoid of purpose*”⁹⁶.

En asuntos concernientes a la salud, se han puesto de manifiesto adicionalmente otras deficiencias procesales: la imparcialidad de los órganos administrativos –por ejemplo, un tribunal médico del Ministerio de

⁹² *Deumeland v. Germany*, 29 May 1986, § 72, Series A no. 100; en idéntico sentido: *Feldbrugge v. the Netherlands*, 29 May 1986, § 40, Series A no. 99. La cobertura de seguridad social examinada, vinculada a una relación laboral, se entiende que deriva de y/o se relaciona con el contrato de trabajo (de ahí el *predominio privado* de la relación frente al hecho de que se trata de un mecanismo creado por la legislación estatal). En relación con las pensiones no contributivas (a priori no vinculadas a un contrato laboral sino a decisiones de política social), en la medida en que constituyan un derecho patrimonial conforme al art. 1 del Protocolo adicional primero (véase Apartado 3.3), permiten fundamentar una reclamación cuyo objeto son derechos y obligaciones de carácter civil (*Koua Poirrez v. France*, no. 40892/98, § 56, ECHR 2003-X).

⁹³ A. GÓMEZ HEREDERO, *Social Security: Protection at the International Level and Developments in Europe*, Council of Europe, Strasbourg, 2009, pp. 190-191.

⁹⁴ Por ejemplo, el TEDH observó falta de diligencia por la duración de casi ocho años de un procedimiento para la revisión de una pensión de jubilación (*Szymoński c. Pologne*, no. 6925/02, §§ 37-42, 10 October 2006).

⁹⁵ Aunque puedan existir razones justificativas, el retraso en la ejecución ni puede “*be such as to impair the essence of the right protected*”, ni es admisible “*to a State authority to cite lack of funds as an excuse for not honouring a judgment debt*” (*Burdov v. Russia*, no. 59498/00, § 35, ECHR 2002-III).

⁹⁶ *Ekholm v. Finland*, no. 68050/01, § 73, 24 July 2007.

Defensa para determinar si una enfermedad tiene su origen en la experiencia militar del demandante⁹⁷; o la propia marcha del proceso judicial “as a result of the refusal to provide them [demandantes] with copies of their medical records”⁹⁸.

Los litigios sobre el derecho trabajo también tienen su cabida en la jurisprudencia del TEDH: por ejemplo, la imposibilidad de plantear ante los tribunales internos las razones del despido esgrimidas por el empresario⁹⁹, o la especificidad del ejercicio de la competencia judicial en situaciones tan particulares como las de los despidos de trabajadores al servicio de misiones diplomáticas¹⁰⁰. Es destacable el *asunto García Mateos v. España*, pues la condena a España deriva de la indebida ejecución de las decisiones jurisdiccionales: la demandante ni pudo gozar del derecho a reducir la jornada para cuidar de su hija, que se le había reconocido en amparo constitucional, ni recibió compensación alguna tras la sentencia del Tribunal Constitucional –violación del artículo 6 CEDH combinado con el artículo 14 CEDH–¹⁰¹. Finalmente, aunque se abra la posibilidad de que ciertos litigios relativos al régimen jurídico de los trabajadores públicos queden fuera del ámbito del artículo 6,1 CEDH, el TEDH ha tendido a minimizar el alcance de esta exclusión¹⁰².

⁹⁷ *Placi v. Italy*, no. 48754/11, § 79, 21 January 2014; también ha sucedido respecto a una autoridad decisoria en materia de ayudas a la vivienda: *Tsfayo v. United Kingdom*, n° 60860/00, § 47, 14 November 2006.

⁹⁸ *K.H. and Others v. Slovakia*, no. 32881/04, § 59, ECHR 2009.

⁹⁹ *Koskinas v. Greece*, no. 47760/99, § 30, 20 June 2002.

¹⁰⁰ *Cudak v. Lithuania* [GC], no. 15869/02, ECHR 2010; *Sabeh El Leil v. France* [GC], no. 34869/05, 29 June 2011; *Wallishauser v. Austria*, no. 156/04, 17 July 2012.

¹⁰¹ “The Court observes that the applicant’s initial intention was not to seek compensation but to obtain recognition of her right to work reduced hours in order to be able to look after her son before he reached the age of six. Her claim for compensation only came later, when her son was no longer young enough for her to have the right to work shorter hours” (*García Mateos v. Spain*, no. 38285/09, § 46, 19 February 2013).

¹⁰² “[I]n order for the respondent State to be able to rely before the Court on the applicant’s status as a civil servant in excluding the protection embodied in Article 6, two conditions must be fulfilled. Firstly, the State in its national law must have expressly excluded access to a court for the post or category of staff in question. Secondly, the exclusion must be justified on objective grounds in the State’s interest”, de manera que “no justification for the exclusion from the guarantees of Article 6 of ordinary labour disputes, such as those relating to salaries, allowances or similar entitlements” (*Vilho Eskelinen and Others v. Finland* [GC], no. 63235/00, § 62, ECHR 2007-II); matizando así su clásica toma de posición: *Pellegrin v. France* [GC], no. 28541/95, ECHR 1999-VIII, en la cual, eso sí, quedó claro que tal posición no afectaba a reclamaciones relativas a pensiones (*ibíd.* § 67).

Partiendo de que el artículo 6 CEDH constituye *lex specialis* respecto al artículo 13 CEDH¹⁰³, suele acontecer que si se cumplen las más estrictas exigencias del primero, es difícil que el TEDH examine el mismo supuesto de hecho desde el prisma del artículo 13 CEDH, con excepción de si el problema del procedimiento judicial es la duración razonable o no del mismo¹⁰⁴. No obstante, hay decisiones relevantes relacionadas con el artículo 13 CEDH, como aquella en que se cuestiona si el Estado dispone de estructura jurídica efectiva para asegurar que una reclamación sobre la violación del derecho a la vida de una persona discapacitada y bajo custodia institucional sea examinada por una autoridad imparcial¹⁰⁵; o bien que se haya evaluado la efectividad de los recursos disponibles frente a esterilizaciones forzosas¹⁰⁶.

3.1.2. La protección frente a prácticas discriminatorias

Combinado con otros derechos y libertades reconocidos, el artículo 14 CEDH¹⁰⁷ ha vehiculado parte de las reclamaciones respecto a los DESC o intereses económicos, sociales y culturales susceptibles de ser protegidos. Según Brems¹⁰⁸, el TEDH ofrece una “*very broad interpretation of substantive Convention rights in combination with Article 14*”: no depende de la simultánea violación aislada de ese derecho o libertad, bastando que los hechos sean

¹⁰³ “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

¹⁰⁴ *Arribas Antón v. Spain*, no. 16563/11, § 47, 20 January 2015.

En un caso relativo al largo período de tiempo transcurrido sin que se ejecutase la sentencia judicial que obligaba a proveer de una vivienda a los demandantes tras la declaración de ruina de aquella en que vivían, se constató la falta de recursos efectivos respecto a la violación del art. 6,1 CEDH derivada de ese hecho (*Kopnin and Others v. Russia*, no. 2746/05, § 43, 28 May 2014).

¹⁰⁵ *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania* [GC], no. 47848/08, § 153, ECHR 2014.

¹⁰⁶ *I.G. and Others v. Slovakia*, no. 15966/04, §§ 152-157, 13 November 2012; también: *V.C. v. Slovakia*, no. 18968/07, §§ 106-120, ECHR 2011 y *N.B. v. Slovakia*, no. 29518/10, §§ 74-81, 12 June 2012.

¹⁰⁷ “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

¹⁰⁸ E. BREMS, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, cit., pp. 158-159.

subsumibles en su ámbito de aplicación material para enjuiciar el carácter discriminatorio o no de la práctica estatal. En suma, la protección indirecta no presenta obstáculos si el TEDH tiene clara la conexión con o la incorporación a los derechos y libertades reconocidos por el CEDH o sus Protocolos.

La protección indirecta se extiende a diversos ámbitos materiales dentro de los cuales son apreciables comportamientos discriminatorios:

- La diferencia de trato entre austríacos y no nacionales, sin justificación razonable y objetiva, para gozar de la ayuda de emergencia para parados que hubiesen agotado la prestación de desempleo prevista en la Ley sobre el Seguro de Desempleo de 1977 –se excluía de obtenerla a los no nacionales–, supuso en el *asunto Gaygusuz v. Austria* la condena al Estado Parte por violación del artículo 14 CEDH, combinado con el artículo 1 Protocolo adicional, y es un ejemplo de cómo se aborda el tema de la discriminación en materia de seguridad social u otros beneficios sociales¹⁰⁹; la nacionalidad¹¹⁰, y el sexo u orientación sexual¹¹¹ han acostumbrado a ser los principales motivos discriminatorios analizados. Sin embargo, dos sentencias condenatorias contra España revelan que siempre pueden

¹⁰⁹ *Gaygusuz v. Austria*, 16 September 1996, § 50, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV; particularmente, porque la nacionalidad era la única fundamentación de la diferencia de trato respecto a un trabajador con prolongada vinculación temporal al mercado de trabajo austríaco. Aunque es evidente que un pronunciamiento de este tipo no “determine exactly how far the protection in social security cases extends” (I. LEIJTEN, “From *Stec* to *Valkov*: Possessions and Margins in the Social Security Case Law of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 13, 2013, 2, p. 318); en parecido sentido: M.-B. DEMBOUR, “*Gaygusuz* Revisited: The Limits of the European Court of Human Rights’ Equality Agenda”, *Human Rights Law Review*, vol. 12, 2012, 2, p. 721.

¹¹⁰ Por ejemplo, también respecto a una prestación familiar, combinando arts. 14 y 8 CEDH: *Dhahbi v. Italy*, no. 17120/09, § 54, 8 April 2014; el TEDH no admite en este asunto, como justificación legítima del trato desigual al demandante en razón de su nacionalidad, las motivaciones presupuestarias (*ibíd.* § 53).

¹¹¹ A modo de ejemplos paradigmáticos: *Van Raalte v. the Netherlands*, no. 20060/92, 21 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I; *Wessels-Bergervoet v. the Netherlands*, no. 34462/97, ECHR 2002-IV; *Willis v. United Kingdom*, no. 36042/97, ECHR 2002-IV. Respecto a España, no se admitió una demanda que entendía como trato discriminatorio la no posibilidad de acceder a una pensión de viudedad en virtud del vínculo de pareja de hecho homosexual, debido a la reserva de la misma al vínculo matrimonial a fin de proteger la unidad familiar tradicional (*Mata Estévez v. Spain* (dec.), no. 56501/00, 10 May 2001); diferente fue años después la postura respecto a la denegación de la cobertura de un seguro de salud y de accidentes propio de los trabajadores públicos en favor de la pareja homosexual al analizarlo desde el prisma del art. 1 del Protocolo adicional primero (*P.B. and J.S. v. Austria*, no. 18984/02, §§ 51-52, 22 July 2010).

encontrarse otros motivos: la denegación de una pensión de jubilación por no acreditar el período de cotización mínima al no computarse, a diferencia de los sacerdotes católicos, sus años de ministerio religioso¹¹²; o la denegación de la pensión de viudedad debido al no reconocimiento del rito por el que se contrajo matrimonio a los efectos de adquisición de la prestación¹¹³.

- Combinando el artículo 14 CEDH con el derecho a la vida familiar (artículo 8 CEDH), el TEDH ha abordado el carácter discriminatorio de la denegación del derecho a subrogarse como arrendatario de una vivienda en alquiler de la pareja homosexual del titular tras su defunción, considerándose que ni siquiera el margen de apreciación justificaba la desproporción de una medida dirigida a proteger en teoría la unidad familiar tradicional¹¹⁴.
- En el *asunto G.N. v. Italia*, la diferencia de trato entre personas con enfermedades distintas a la hora de obtener una reparación por la administración de sangre infectada con el virus del SIDA o de la hepatitis C, vincula el artículo 14 CEDH con el derecho a la vida (artículo 2 CEDH) –considerándose una práctica discriminatoria–¹¹⁵.
- El TEDH ha combinado el artículo 14 CEDH en asuntos de índole laboral relativos a prohibiciones de acceso al trabajo o la terminación de la relación laboral (despido o no renovación de contrato), por regla general, con el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH)¹¹⁶ o la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9 CEDH)¹¹⁷.

¹¹² *Manzanas Martín v. Spain*, no. 17966/10, § 57, 3 April 2012.

¹¹³ *Muñoz Díaz v. Spain*, no. 49151/07, § 69, ECHR 2009.

¹¹⁴ *Karner v. Austria*, no. 40016/98, §§ 40-41, ECHR 2003-IX; *Kozak v. Poland*, no. 13102/02, §§ 98-99, 2 March 2010.

¹¹⁵ *G.N. and Others v. Italy*, no. 43134/05, §§ 131-133, 1 December 2009; la ausencia de fondos públicos para un tratamiento compasivo que sí se pautó a personas en situación parecida no fue considerado discriminatorio, entre otras razones, por ser un tratamiento en fase experimental (*Nivio Durisotto v. Italy* (dec.), no. 62804/13, § 48, 6 May 2014).

¹¹⁶ *Boyraz v. Turkey*, no. 26891/02, § 54, 20 May 2008 (razón de sexo); *I.B. v. Greece*, no. 552/10, §§ 88-89, ECHR 2013 (razón de enfermedad viral: SIDA); *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, nos. 55480/00 and 59330/00, ECHR 2004-VIII y *Naidin v. Romania*, no. 38162/07, 21 October 2014 (colaboración con servicios secretos o policía política, respectivamente, del antiguo régimen comunista).

¹¹⁷ *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, §§ 47-48, ECHR 2000-IV; las razones religiosas se encuentran en el transcurso de un despido por la visibilidad de símbolos religiosos (*Eweida*

La potencialidad del artículo del Protocolo 12 CEDH –entrado en vigor el 1 de abril de 2005; para España el 1 de junio de 2008– se sustenta en un ámbito de aplicación material que, teóricamente, *absorbe y desborda* el del Protocolo 14¹¹⁸, pues reconoce un derecho autónomo –cuya alegación no precisa de combinarse con otro derecho o libertad reconocido–; por lo que debería resultar más sencillo reclamar frente a cualquier potencial discriminación en el goce de un DESC legalmente establecido. Aunque las primeras decisiones del TEDH no se hayan orientado en este último sentido¹¹⁹, pueden encontrarse decisiones sobre la discriminación en el acceso a la vivienda¹²⁰ o prestaciones de seguridad social para residentes en el extranjero¹²¹.

3.2. La protección indirecta por *conexión implícita*

Esta conexión es de carácter material y se sustenta en un nexo de efectividad: la relación del derecho o libertad reconocidos en el CEDH o en un Protocolo es tal con el DESC o interés económico, social y cultural a proteger que la vulneración del segundo supondría afectar a la efectividad del derecho o libertad expresamente reconocidos, tomando en cuenta que:

- La conexión, por implícita respecto a la literalidad de la disposición convencional, comporta necesariamente el reconocimiento vía interpretativa de la interrelación material.
- Los límites del alcance jurídico de la conexión –y, por tanto, del alcance jurídico de la protección indirecta– se relacionan con el contenido jurídico del derecho o libertad reconocidos en el CEDH y sus Protocolos tal y como este es interpretado por el TEDH; proyectando generalmente lo que O’Cinneide opina respecto a situaciones de desamparo, esto solo puede dar pie a una protección de naturaleza modesta y limitada¹²².

and Others v. the United Kingdom, nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, § 109, ECHR 2013); también: *Fernández Martínez v. Spain* [GC], no. 56030/07, §§ 54-55, ECHR 2014.

¹¹⁸ F. SUDRE, “La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l’homme...”, cit., p. 769.

¹¹⁹ F. SUDRE, *Droit européenne et international des droits de l’homme*, cit. p. 423, § 273; por ejemplo, el asunto en el cual, respecto a la discriminación en materia de participación política, se establecen paralelismos con el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [GC], nos. 27996/06 and 34836/06, § 55, ECHR 2009).

¹²⁰ *Stephen Ogden v. Croatia* (dec.), no. 25567/13, 5 March 2015.

¹²¹ *J. C. Ramer and J.M. Van Willigen v. the Netherlands* (dec.), no. 34880/12, 10 February 2015.

¹²² C. O’CINNEIDE, “A Modest Proposal: Destitution, State Responsibility and the European Convention on Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, vol. 14, 2008, 5, p. 604.

- En esta misma dirección, la conexión implícita parte de que no se efectúa el reconocimiento jurídico-formal de ningún DESC sino de su operatividad para ponderar la efectividad de la disposición convencional aludida: el TEDH “begins by observing that there is no right under Article 8 of the Convention to be provided with housing”¹²³.

Esta conexión implícita tiene lugar, básicamente, sin perjuicio de que el análisis sea muy sucinto, con la salud, la vivienda, el trabajo, y la seguridad social y otros beneficios sociales:

3.2.1. El TEDH y la salud

El TEDH conecta la salud, primero, con el derecho a la vida: “*an issue may arise under Article 2 of the Convention where it is shown that the authorities of a Contracting State put an individual’s life at risk through the denial of health care which they have undertaken to make available to the population generally*”¹²⁴.

- El Estado tiene una obligación positiva de prevenir que la vida de los individuos sea puesta en riesgo por razones de salud¹²⁵, tanto de la población en general, como de ciertos colectivos en situaciones especiales: detenidos y condenados a prisión¹²⁶ o personas internadas en centros de protección o psiquiátricos¹²⁷.

¹²³ *Bah v. the United Kingdom*, no. 56328/07, § 40, ECHR 2011.

¹²⁴ *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, § 219, ECHR 2001-IV; aunque se descarte la violación del art. 2 CEDH, pues las dificultades para acceder a ciertas prestaciones médicas de las comunidades grecochipriota y maronita se asocian en este asunto a la falta de libertad de movimiento (art. 8 CEDH).

¹²⁵ *L.C.B. v. the United Kingdom*, 9 June 1998, § 36, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III; en este ámbito del derecho a la vida y los riesgos ambientales para la salud, por ejemplo: *Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, ECHR 2005-X; *Vilnes and Others v. Norway*, nos. 52806/09 and 22703/10, 5 December 2013; *Brincat and Others v. Malta*, nos. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 and 62338/11, 24 July 2014.

¹²⁶ Partiendo de que “*persons in custody are in a vulnerable position and that the authorities are under a duty to protect them*” (*Renolde v. France*, no. 5608/05, § 83, ECHR 2008), en idéntico sentido: *Keenan v. the United Kingdom*, no. 27229/95, § 92, ECHR 2001-III; *Trubnikov v. Russia*, no. 49790/99, § 70, 5 July 2005. El TEDH ha tenido muy en cuenta la “*lack of any reaction by the authorities*” ante el estado de salud para condenar a un Estado Parte por violación del art. 2 CEDH (*Angelova v. Bulgaria*, no. 38361/97, § 130, ECHR 2002-IV).

¹²⁷ Véase Nota 105; es un caso muy grave también el de la muerte de al menos 15 niños con distintos niveles de discapacidad en una residencia municipal: *Nencheva and Others v. Bulgaria*, no. 48609/06, 18 June 2013.

- La denegación de tratamientos médicos por su coste, u otros motivos, puede poner en balance la disponibilidad de un estándar de atención médica general para la población¹²⁸; por otros motivos, el TEDH ha considerado recientemente que la retirada de la nutrición e hidratación artificiales a un paciente en estado vegetativo no constituía una vulneración del artículo 2 CEDH¹²⁹.
- Estas obligaciones positivas se extienden también a la obligación procesal de investigar las muertes sucedidas cuando la persona está, o debería estar, siendo tratada por profesionales médicos o recibir ciertos tratamientos médicos¹³⁰ –lo que, igualmente, se adentra en el asunto de la potencial responsabilidad de los profesionales de la salud–¹³¹.

Segundo, es conectada con el artículo 3 CEDH, por ejemplo, respecto a los tratamientos médicos forzosos¹³²; la salud de las personas privadas de libertad¹³³; o los límites de la expulsión y/o devolución de extranjeros por cau-

¹²⁸ *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, § 219, ECHR 2001-IV; por ejemplo, no se admitió una demanda por la no asunción del pago del 30% del coste del tratamiento médico que le correspondía al demandante, considerando que ya el Estado Parte venía asumiendo el restante 70% (*Nitecky v. Poland* (dec.), no. 65653/01, § 1, 21 March 2002).

¹²⁹ *Lambert and Others v. France* [GC], no. 46043/14, § 181, 5 June 2015.

¹³⁰ Por ejemplo: *Anguelova v. Bulgaria*, no. 38361/97, § 145, ECHR 2002-IV; *Panaitescu v. Romania*, no. 30909/06, § 37, 10 April 2012; *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, §§ 89-90, ECHR 2004-VIII.

¹³¹ El Estado Parte, además de un sistema judicial capaz de determinar tales responsabilidades, debe disponer de una reglamentación que obligue a los hospitales, públicos o privados, “to adopt appropriate measures for the protection of their patients’ lives” (*Calvelli and Ciglio v. Italy* [GC], no. 32967/96, § 49, ECHR 2002-I).

¹³² Por ejemplo: *Bogumil v. Portugal*, no. 35228/03, 7 October 2008; *Dvořáček v. the Czech Republic*, no. 12927/13, 6 November 2014; *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, ECHR 2006-IX.

¹³³ La inadecuación de un tratamiento médico puede exponer al privado de libertad a un prolongado sufrimiento mental y físico que atente a la dignidad humana (*Kutepov v. Russia*, no. 13182/04, § 62, 5 December 2013). Véase: COUNCIL OF EUROPE, *Factsheet – Prisoners’ health – related rights, February 2015*, disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Prisoners_health_ENG.pdf (consulta: 5/05/2015); ténganse en cuenta recientes sentencias piloto sobre el trato general a personas privadas de libertad: *Ananyev and Others v. Russia*, nos. 42525/07 and 60800/08, 10 January 2012; *Neshkov and Others v. Bulgaria*, nos. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 and 9717/13, 27 January 2015; *Torreggiani and Others v. Italy*, nos. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 and 37818/10, 8 January 2013; *Varga and Others v. Hungary*, nos. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, and 64586/13, 10 March 2015.

sa de enfermedad¹³⁴ –pese a la jurisprudencia favorable, muchas veces tales medidas estatales son avaladas porque el demandante “*is not (yet) very ill*” o disponía en su país de origen el tratamiento o el apoyo familiar precisos¹³⁵–.

Finalmente, el artículo 8 CEDH, permite abordar asuntos relativos a la información sobre riesgos ambientales para la salud¹³⁶ o la confidencialidad de la información clínica¹³⁷; a la vez ha sustentado demandas sobre la denegación de tratamientos experimentales¹³⁸ o del pago del acceso a tratamientos y medicamentos¹³⁹.

3.2.2. El TEDH y la vivienda

Aunque tenga su conexión con el derecho a la vida privada y familiar¹⁴⁰ o el artículo 1 Protocolo adicional primero (véase Apartado 3.2.3.), la más particular interrelación desde el prisma del acceso o disfrute de vivienda es la mantenida con el artículo 3 CEDH: insinuada en el asunto *Akdivar* y otros v. Turquía –destrucción de las viviendas de los demandantes por la acción de las fuerzas de seguridad turcas¹⁴¹–, alcanza su máxima expresión en el asunto *Moldovan v. Rumania* (nº 2): las condiciones de vida de familias de

¹³⁴ Por ejemplo: *D. v. Finland*, no. 30542/04, 7 July 2009; *N. v. the United Kingdom* [GC], no. 26565/05, ECHR 2008; *S.J. v. Belgium (striking out)* [GC], no. 70055/10, 19 March 2015 (por acuerdo amistoso).

¹³⁵ E. BREMS, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, cit., p. 141 (su Nota 27 ofrece una amplia reseña de la práctica del TEDH al respecto).

¹³⁶ Téngase en cuenta, por ejemplo, la perspectiva adoptada en el emblemático *asunto Guerra y otros v. Italia* (*Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions 1998-I*) y, por ejemplo, otros casos posteriores: *Fadeyeva v. Russia*, no. 55723/00, ECHR 2005-IV o *Taşkın and Others v. Turkey*, no. 46117/99, ECHR 2004-X.

¹³⁷ *Avilkina and Others v. Russia*, no. 1585/09, 6 June 2013; *Biriuk v. Lithuania*, no. 23373/03, 25 November 2008; *Konovalova v. Russia*, no. 37873/04, 9 October 2014; *L.H. v. Latvia*, no. 52019/07, 29 April 2014; *L.L. v. France*, no. 7508/02, ECHR 2006-XI; *Panteleyenko v. Ukraine*, no. 11901/02, 29 June 2006.

¹³⁸ Véase Nota 115; y, además: *Hristozov and Others v. Bulgaria*, nos. 47039/11 and 358/12, ECHR 2012.

¹³⁹ Planteándose incluso el balance de intereses entre la compañía de seguros privada y el demandante (*Van Kück v. Germany*, no. 35968/97, § 84, ECHR 2003-VII).

¹⁴⁰ *López Ostra v. Spain*, 9 December 1994, Series A no. 303-C (salud/vivienda familiar); también, por otros motivos: *Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, *Reports of Judgments and Decisions 1996-IV*; *Fadeyeva v. Russia*, no. 55723/00, ECHR 2005-IV; *Prokopovich v. Russia*, no. 58255/00, ECHR 2004-XI.

¹⁴¹ No se examinó finalmente esta cuestión a pesar de que la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos lo había hecho, tal y como se desprende de su informe

etnia gitana tras la destrucción de sus viviendas por habitantes del pueblo –ante la pasividad de las autoridades policiales locales–, junto a la discriminación racial a las que fueron públicamente sometidas por la autoridad pública, afectaron a su dignidad humana constituyendo un trato degradante en el sentido del artículo 3 CEDH¹⁴²; las condiciones de vida, derivadas de la privación de la vivienda, pueden sostener también una demanda respecto a esta disposición convencional¹⁴³.

3.2.3. El TEDH y el trabajo

La conexión con el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH), la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9 CEDH) o la libertad de expresión (artículo 10 CEDH) están muy presentes en la jurisprudencia del TEDH relativa al acceso al trabajo¹⁴⁴ o que la terminación de la relación laboral (despido o no renovación de contrato)¹⁴⁵, más allá de la conexión directa que se ha examinado anteriormente con los artículos 6,1 y 14 CEDH. Dos temas adicionales son de manera reiterada analizados por el TEDH: el riesgo para la vida privada en el contexto laboral –incluida la obtención de información justificativa de un despido¹⁴⁶– y la salud en el trabajo¹⁴⁷.

(*Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, §§ 89-91, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV).

¹⁴² *Moldovan and Others v. Romania* (no. 2), nos. 41138/98 and 64320/01, § 113, ECHR 2005-VII; aunque durante la destrucción de las viviendas los particulares contaron con la aquiescencia o connivencia de los agentes de policía locales, obsérvese que la condena al Estado Parte deriva, no tanto de la destrucción de la vivienda, sino del “long period in which the State failed to provide satisfactory accommodation” (R. O’CONNELL, “Social and Economic Rights in the Strasbourg Convention”, cit., p. 12).

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Por ejemplo: *Alexandridis v. Greece*, no. 19516/06, 21 February 2008; *Halford v. the United Kingdom*, 25 June 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-III; *Kosiek v. Germany*, 28 August 1986, Series A no. 105; *Leander v. Sweden*, 26 March 1987, Series A no. 116; *Lombardi Vallauri v. Italy*, no. 39128/05, 20 October 2009.

¹⁴⁵ Véase Nota 117.

Además de lo ya expuesto, es interesante resaltar la existencia de supuestos de hecho examinados por el TEDH por despidos en razón de la orientación sexual: *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, nos. 31417/96 and 32377/96, 27 September 1999 o *Beck and Others v. the United Kingdom*, nos. 48535/99, 48536/99 and 48537/99, § 22 October 2002.

¹⁴⁶ Véase, por ejemplo, un asunto muy relevante en que el TEDH no condenó al Estado Parte en relación con un despido debido a la conducta del empleado captada por las cámaras de vigilancia del supermercado en que trabajaba: *Köpke v. Germany* (dec.), no. 420/07, 5 October 2010.

¹⁴⁷ Véase Nota 125.

3.2.4. El TEDH y la seguridad social y otros beneficios sociales

La hipótesis de que la disponibilidad de una pensión o un beneficio social previstos por la legislación estatal comporte, por incorporación, la aplicabilidad del artículo 1 Protocolo adicional primero no impide que de estas prestaciones puedan inferirse conexiones implícitas:

- El TEDH parece orientarse a asumir que pueden existir obligaciones positivas de prestar asistencia social en relación con el derecho a la vida (artículo 2 CEDH)¹⁴⁸.
- El artículo 8 CEDH, respecto a personas discapacitadas (véase el supuesto de hecho relativo al artículo 2 CEDH), ha sido tenido por no aplicable ante ciertas solicitudes de acción estatal: barreras que impiden acceso a la playa¹⁴⁹ o a edificios¹⁵⁰, o la petición de provisión de un brazo robótico¹⁵¹. La exigencia de un vínculo directo e inmediato con la vida privada y familiar –aun cuando resulte ambiguo e indefinido¹⁵²– recorta la factibilidad conectiva vida privada y familiar/beneficio social aunque no la impida.
- El artículo 3 CEDH ofrece una perspectiva abierta, aunque restringida¹⁵³, a considerar que “*a complaint about a wholly insufficient amount of pension and the other social benefits may, in principle*” constituir un trato inhumano o degradante¹⁵⁴, partiendo de que el derecho a reclamar al Estado asistencia económica para mantener un cierto nivel de vida no está reconocido en el CEDH ni en sus Protocolos, siempre que las condiciones de vida del demandante revistan un cierto

¹⁴⁸ *Salvatore La Parola and Others v. Italy* (dec.), no. 39712/98, § 1, 30 november 2000 (se alega también art. 8 CEDH); concierne a la denegación de un beneficio a una persona discapacitada.

¹⁴⁹ Entendiendo que las obligaciones positivas de este artículo “*where it has found a direct and immediate link between the measures sought by an applicant and the latter’s private and/or family life*” (*Botta v. Italy*, 24 February 1998, § 34, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II).

¹⁵⁰ *Zehnalová and Zehnal v. the Czech Republic* (dec.), no. 38621/97, 14 May 2002.

¹⁵¹ *Nikky Sentges v. the Netherlands* (dec.), no. 27677/02, 8 July 2003.

¹⁵² C. O’CINNEIDE, “A Modest Proposal: Destitution, State Responsibility and the European Convention on Human Rights”, cit., p. 598.

¹⁵³ F. TULKENS, “The European Convention on Human Rights and the economic crisis. The issue of poverty”, *Academy of European Law (AEL) Working Papers*, 2013/08, p. 13.

¹⁵⁴ Admitiendo el TEDH que, en el supuesto de hecho, “no indication that the amount of the applicant’s pension and the additional social benefits has caused such damage to her physical or mental health capable of attaining the minimum level of severity” (*Aleksandra Larioshina v. Russia* (dec.), no. 58869/00, 23 April 2002).

nivel de severidad¹⁵⁵. Más genéricamente se ha considerado como contraria al artículo 3 CEDH la situación de un demandante de asilo por la inacción estatal: “*he has found himself for several months, living on the street, with no resources or access to sanitary facilities, and without any means of providing for his essential needs*”¹⁵⁶.

3.3. La protección indirecta por incorporación

Si bien no es la vía interpretativa preferente, la construcción de una noción autónoma que delimite el alcance jurídico personal o material de una disposición convencional¹⁵⁷ puede también encauzar la incorporación del DESC o interés económico, social o cultural a proteger.

La incorporación por vía interpretativa al contenido jurídico de las disposiciones convencionales es, empero, la habitual; su principal exponente en la extensión jurídica del derecho a la propiedad del artículo 1 Protocolo adicional primero¹⁵⁸, particularmente, respecto a la vivienda y las prestaciones de seguridad social u otros beneficios sociales.

3.3.1. La propiedad y la vivienda

El entendimiento de la vivienda como un bien susceptible de protección tiene un largo recorrido en la jurisprudencia del TEDH¹⁵⁹, tanto respecto a la privación o las restricciones de su goce y disfrute, como a la determinación

¹⁵⁵ *Pancenko v. Latvia* (dec.), no. 40772/98, § 2, 28 October 1999. A una demandante se le indica que ella “*explained that in 2008 her pension was enough for flat maintenance, food, and hygiene items, but was not enough for clothes, non-food goods, sanitary and cultural services, health and sanatorium treatment*” –lo que excluye, junto a otros datos que pueda existir el requerido nivel de severidad– (*Antonina Dmitriyevna Budin v. Russia* (dec.), nº 45603/05, § 3, 18 June 2009).

¹⁵⁶ *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], no. 30696/09, § 263, ECHR 2011.

¹⁵⁷ Por ejemplo, considerando como *relación familiar* (art. 8 CEDH) la existente entre un mayor de edad y sus familiares en razón de su sordomudez y del grado de dependencia que ello le genera (*Nasri v. France*, 13 July 1995, § 46, Series A no. 320-B).

¹⁵⁸ “*Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.*”

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”.

¹⁵⁹ *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, § 38, Series A no. 98.

de la obligación positiva de proteger los intereses del propietario de una vivienda¹⁶⁰; ocasionalmente, el interés general se identifica con fines como evitar la especulación o fines sociales relacionados con la vivienda¹⁶¹. Por otro lado, el no agotamiento de los recursos internos ha evitado que por ahora se haya decidido sobre el desalojo de una vivienda de titularidad pública ocupada por una familia con hijos menores¹⁶².

Asimismo, en el *asunto Teteriny v. Rusia*, el TEDH ha considerado una expectativa legítima la disponibilidad a través de un acuerdo de alquiler social de un piso de determinadas características –y la no ejecución del mismo durante más de diez años una violación de la disposición convencional¹⁶³; obsérvese cómo no se infiere un derecho a obtener una vivienda social en alquiler, sino de que le sea proporcionada aquella asignada legal o judicialmente.

3.3.2. *La propiedad y las prestaciones de seguridad social u otros beneficios sociales*

En relación con este tipo de prestaciones o beneficios, el TEDH (primero la Comisión Europea de Derechos Humanos) ha partido del análisis de los sistemas de pensiones, consolidando unos parámetros interpretativos esenciales –complementados por la casuística– que los incluyen en el ámbito de aplicación material de la disposición convencional: primero, los Estados Partes tienen la libertad de crear o no un determinado mecanismo de seguridad social, o a elegir el tipo o cuantía de sus beneficios –expectativa patrimo-

¹⁶⁰ “In the present case there is no doubt that the causal link established between the gross negligence attributable to the State and the loss of human lives also applies to the engulfment of the applicant’s house” (*Öneriyıldız v. Turkey* [GC], no. 48939/99, § 135, ECHR 2004-XII).

¹⁶¹ Por ejemplo: *Hutten-Czapska v. Poland* [GC], no. 35014/97, § 166, ECHR 2006-VIII; *Lindheim and Others v. Norway*, nos. 13221/08 and 2139/10, § 82, 12 June 2012; *Mellacher and Others v. Austria*, 19 December 1989, § 47, Series A no. 169; *Mago and Others v. Bosnia and Herzegovina*, nos. 12959/05, 19724/05, 47860/06, 8367/08, 9872/09 and 11706/09, § 100, 3 May 2012; *Scollo v. Italy*, 28 September 1995, § 30, Series A no. 315-C; *Spadea and Scalabrino v. Italy*, 28 September 1995, § 31, Series A no. 315-B; véase última precisión realizada en el Apartado 2.1.

El TEDH, por ejemplo, ha considerado, aunque no respecto a un procedimiento hipotecario, una carga desproporcionada contraria al art. 1 Protocolo adicional primero “the sale of the applicant’s property at public auction, and the ensuing eviction of the applicant from his home, for an enforceable debt that amounted to only SEK 6,721 on the day of the public auction” (*Rousk v. Sweden*, no. 27183/04, § 122, 25 July 2013).

¹⁶² *A.B.M. v. Spain* (dec.), no. 77842/12, §§ 25 y 30, 28 January 2014 (aunque las medidas provisionales adoptadas se sustentaron en los arts. 2 y 3 CEDH).

¹⁶³ *Teteriny v. Russia*, no. 11931/03, §§ 48-51, 30 June 2005.

nial del pago de una prestación¹⁶⁴; segundo, el potencial beneficiario debe cumplir los requisitos de la legislación interna para gozar de la prestación¹⁶⁵; y, tercero, esta expectativa patrimonial se genera tanto si se trata de una prestación contributiva como no contributiva¹⁶⁶.

El TEDH ha debido ocuparse de medidas regresivas en este ámbito¹⁶⁷. Es importante el *asunto Koufaki y ADEDY c. Grecia*, en el cual, pese a que la demanda no es admitida por manifiestamente mal fundada, al hacer referencia a la reducción de pensiones y salarios de trabajadores públicos, admite que también los salarios pueden constituir una expectativa patrimonial –al igual que sucede con la indemnización por despido¹⁶⁸; en esta decisión, eso sí, prima un interés predominante: la existencia de una crisis excepcional y sin precedentes en Grecia de cuya salida son responsables las autoridades estatales¹⁶⁹.

4. REFLEXIÓN SOBRE EL ALCANCE JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN INDIRECTA DE LOS DESC EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

La consolidación de la protección indirecta como criterio interpretativo del TEDH susceptible de reforzar la exigibilidad jurídica internacional de los DESC en el ámbito de sus competencias jurisdiccionales –incluso cuando lo que se tutelan jurisdiccionalmente son intereses económicos, sociales y cultu-

¹⁶⁴ ECHR, *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 53, ECHR 2006-VI.

¹⁶⁵ ECHR, *Gaygusuz v. Austria*, 16 September 1996, § 39, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV.

¹⁶⁶ *Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 54, ECHR 2005-X.

¹⁶⁷ Por ejemplo, no exhaustivamente: *Adriana C. Goudswaard-Van der Lans* (dec.), no. 75255/01, 22 September 2005; *Alpo Aunola v. Finland*, n° 30517/96, 15 March 2001; *Blanco Callejas v. Spain* (dec.), no. 64100/00, 18 June 2002; *Domalewski v. Poland* (dec.), no. 34610/97, ECHR 1999-V; *Hoogendijk v. the Netherlands* (dec.), no. 58641/00, 6 January 2005; *Juhani Saarinen v. Finland*, no. 69136/01, 28 January 2001; *Kjartan Ásmundsson v. Iceland*, no 60669/00, CEDH 2004-IX; *Mamonov v. Russia*, n° 38139/05, 2 March 2006; *MV and U-MS v. Finland*, n° 43189/98, 28 January 2003; *Quiles Gonzalez v. Spain*, no. 71752/01, 27 April 2004; *Valkov and Others v. Bulgaria*, nos. 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 and 2041/05, 25 October 2011; *Pravednaya v. Russia*, no. 69529/01, 18 November 2004; *Wieczorek v. Poland*, no. 18176/05, 59, 8 December 2009.

¹⁶⁸ *N.K.M. v. Hungary*, no. 66529/11, 14 May 2013.

¹⁶⁹ *Ioanna Koufaki et ADEDY contre la Grèce* (dec.), nos. 57665/12 et 57657/12, § 36-48, 7 Mai 2013.

rales identificables con los mismos- exige decantar cualquier aproximación que pueda hacerse de su significación político-jurídica: de un lado, la protección indirecta es instrumentalmente una manifestación jurisprudencial que, a través de la lógica de la interdependencia entre los derechos humanos y de las distintas categorías de los mismos desarrolladas en el Derecho internacional de los derechos humanos, contribuye a fortalecer la indivisibilidad de los derechos humanos; pero, de otro lado, esta manifestación jurisprudencial adquiere una dimensión particular cuando se sitúa en la esfera de las competencias del TEDH y de su proyección como garante de un orden público europeo en materia de derechos humanos.

No es de extrañar que el TEDH, aun partiendo apriorísticamente del alcance jurídico de su competencia *ratione materiae* -básicamente derechos civiles y políticos-, haya sido sensible y receptivo al argumento de que, a pesar de las grandes diferencias interestatales, sigue vivo al menos como proyecto direccional el que se desprende de la CSE: la creación de un *espacio social europeo*¹⁷⁰, cuyos parámetros de realización se interrelacionan y repercuten en la efectividad de los derechos civiles y políticos reconocidos en el CEDH y en sus Protocolos. No en vano, la CSE, según su Preámbulo, tiene como objetivo “desplegar en común todos los esfuerzos posibles para mejorar el nivel de vida y promover el bienestar” de las poblaciones de los Estados Partes. Este espacio social europeo, afectado por las sucesivas crisis económicas y financieras que cíclicamente afectan a las sociedades europeas -tal y como sucede hoy tras la crisis financiera de 2008¹⁷¹-, se enfrenta, ante las tendencias socio-

¹⁷⁰ C. DIAZ BARRADO, “La Carta Social Europea: un instrumento válido para el desarrollo de los derechos sociales en Europa”, en F. MARIÑO MENÉNDEZ (dir.), *Política social internacional y europea*, Universidad Carlos III/Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 233. Partiendo, además, dentro de las coordenadas dirigidas a materializar este espacio social europeo, del hecho de que el art. 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sitúa a la CSE como expresión básica de los derechos sociales fundamentales que han de sustentar su política social, hay que tener presente que los Estados miembros de la Unión Europea (y al mismo tiempo del Consejo de Europa) son partícipes de la construcción de un modelo social europeo susceptible de ser visto “como un intento histórico de articular la igualdad de oportunidades con el crecimiento económico” (J. BILBAO UBILLOS, “El modelo social europeo: elementos constitutivos y viabilidad en un contexto adverso”, en *XII Premio de Investigación Francisco Javier de Landaburu - Universitas 2013*, Eurobask, Vitoria, 2014, p. 53).

¹⁷¹ “Ahora bien, aunque la crisis estalló en el sistema financiero, un factor fundamental se había gestado fuera: los frutos del crecimiento se repartieron de manera ineficiente durante el período anterior a la crisis” (R. TORRES, “Las respuestas incompletas a la crisis, su factura socioeconómica y sus consecuencias programáticas”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol.

económicas predominantes en una economía integrada en el espacio global, al *desafío de su sostenibilidad*.

El TEDH, en esta misma línea, parece claramente inclinarse por abogar “*in favour of a reading of the European Convention on Human Rights that is aligned with the necessities of the times*”¹⁷². La evolución del espacio social europeo y las consecuencias, sean más o menos coyunturales o estructurales, de una crisis económica como la actual tienen su impacto sobre la gestión del orden público europeo en materia de derechos humanos: primero, incide sobre las condiciones de vida de los ciudadanos europeos y, en particular, sobre los más vulnerables y/o los amenazados por la pobreza –por lo tanto, personas generalmente deficitarias en su capacidad real de goce y disfrute de sus derechos humanos–; segundo, repercute en las necesidades sociales a las que el Estado Parte debe atender, directa o indirectamente a través del sector privado; y, tercero, perturba la estabilidad del Estado democrático y de derecho. No está de más recordar que la finalidad del Consejo de Europa –Organización internacional dentro de cuyo mandato se adopta el CEDH– es la realización de “una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su *progreso económico y social*” –artículo 1 a) del Estatuto del Consejo de Europa (el resaltado es propio)–.

En definitiva, el TEDH, dentro de sus coordenadas, es tributario a fuerza de ser intérprete de la realidad social europea de la interrelación entre los DESC o los intereses económicos, sociales y culturales no particularizados como tales y la efectividad de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH y sus Protocolos. De ahí que sea perceptible en su jurisprudencia una *vis expansiva* hacia los mismos, que se relaciona con una “*dynamic interpretation of the text of the Convention, which in effect widens the scope of human rights beyond what the member states originally intended (also known as the living instrument doctrine)*”¹⁷³. Sea porque la conexión con los DESC o los intereses eco-

129, 2010, 2, p. 253); la sombra de la desigualdad, forjada entre otras cosas por la moderación salarial de los últimos años, y presente hoy en el discurso de análisis de la realidad socio-económica europea, permitió constatar otra cosa: que la “agravación de las desigualdades de ingresos resultó ser económicamente ineficiente” (*ibid.* p. 255).

¹⁷² F. TULKENS, “The European Convention on Human Rights and the economic crisis...”, cit., p. 18.

¹⁷³ B. ÇALI; A. KOCH and N. BRUCH, “The Legitimacy of Human Rights Courts: A Grounded Interpretivist Analysis of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 35, 2013, 4, p. 966.

nómicos, sociales y culturales a proteger se explicita o no, queda claro que el TEDH cree preciso subrayar la relevancia de las obligaciones positivas de los Estados Partes respecto a la *dimensión social* de los derechos y libertades garantizados en el CEDH y en sus Protocolos en orden a garantizar la efectividad de estos últimos –siendo consciente, por supuesto, de que “*there are financial costs incurred by states in complying with their positive obligations*”¹⁷⁴.

Esta aproximación político-jurídica ya es indicativa de que la labor del TEDH tiene, de hecho y de derecho, sus propios límites¹⁷⁵: tanto en su *dimensión jurídica* como en la *interpretativa*.

4.1. Los límites de la protección indirecta: dimensión jurídica

Tal y como indica O’Connell, la protección indirecta es una herramienta que puede “*to be used imaginatively to give greater protection to social and economic rights*”, lo que depende y dependerá en el futuro “*on lawyers, litigants and citizens making the arguments successfully*”¹⁷⁶ ante el TEDH.

Esta afirmación, sin embargo, debe ser entendida en sus justos términos: el nivel de protección que puede alcanzarse está jurídicamente mediatizado por las disposiciones convencionales del CEDH y sus Protocolos que definen el ámbito jurídico material de su garantía y, por extensión, de la competencia jurisdiccional del TEDH; como bien ha indicado Carrillo Salcedo, toman-

¹⁷⁴ MOWBRAY, “*The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights...*”, cit., p. 230. Para TULKENS, “*compliance with human rights standards is not only even more necessary in times of economic crisis because of increased vulnerability, it also makes a contribution to recovery by establishing the conditions necessary for stability and the proper functioning of the rule of law, both essential for economic growth*” (F. TULKENS, “*The European Convention on Human Rights and the economic crisis...*”, cit., p. 2). Hay autores que apuntan que la actual crisis “*it is an unprecedented opportunity for revitalizing the struggle to make this rights operational in national and global economic policymaking*” (S.-A. WEY, N. LUISIANI and I. SAIZ, “*Economic and Social Rights in the ‘Great Recession’: Towards a Human Rights-Centred Economic Policy in Times of Crisis*”, en E. RIEDEL, G. GIACCA and C. GOLAY (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 110).

¹⁷⁵ Se cree difícil sostener la idea de KOCH, al menos en toda su extensión, a partir precisamente de estos límites: “*The gradual extension in the perception of the character and range of civil and political rights encourages applications raising still more ‘positive’ obligation issues, and future encounters between law and (social) facts might very well lead to an even greater subversion of the two classical categories of human rights in the ECtHR’s jurisprudence*” (E. KOCH, “*Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties?*”, *Human Rights Law Review*, vol. 5, 2005, 1, p. 97).

¹⁷⁶ O’CONNELL, “*Social and Economic Rights in the Strasbourg Convention*”, cit., p. 18.

do en consideración la naturaleza jurídica convencional del CEDH y de sus Protocolos:

“the Court, in effect, is not a legislator, and its active role in the progressive development of the rights guaranteed in the Convention and its normative protocols, through a teleological and finalist interpretation of them, cannot displace States from their role as ‘legislators’”¹⁷⁷.

Asumiendo que constituyen acuerdos internacionales celebrados por escrito entre Estados y regidos por el Derecho internacional –artículo 2,1 a) CVDT–, el contenido jurídico del CEDH y de sus Protocolos no reconoce otros derechos y libertades que no sean los incluidos en sus disposiciones.

Sea a través de sus propias reglas interpretativas –artículo 5 CVDT– o de las reglas interpretativas consuetudinarias que reflejan los artículos 31 a 33 CVDT¹⁷⁸, el activismo judicial no puede sobrepasar este límite estructural e interpretativo: aun cuando se fortalezca la dimensión teleológica de su interpretación, el CEDH y sus Protocolos, como manifestaciones normativas del Consejo de Europa, no pueden permitir ser dotados de un alcance jurídico material ajeno a los derechos y libertades reconocidos; además, la propia CSE en su Preámbulo deja claro que mediante el CEDH “los Estados miembros del Consejo de Europa convinieron en garantizar a sus pueblos los derechos civiles y políticos y las libertades especificados en esos instrumentos”¹⁷⁹.

La lógica de estos límites jurídicos puede llevar a admitir, como hace un autor como O’CINNEIDE¹⁸⁰, que la jurisprudencia del TEDH no puede confundirse “*with the development of a full-blown socio-economic rights jurisprudence*”; asimismo, permite sostener lo que se antoja igualmente racional en lo

¹⁷⁷ J. A. CARRILLO SALCEDO, “The European Convention on Human Rights”, cit., p. 674.

¹⁷⁸ Véanse Notas 9 y 39.

¹⁷⁹ Los trabajos preparatorios del CEDH muestran, más allá de la propia literalidad de su redacción, cómo, tras el CEDH, no existía impedimento alguno para que en el futuro el Consejo de Europa tutelase ciertos derechos económicos y sociales; lo que, en el lenguaje del informe preliminar al inicio de los trabajos preparatorios del CEDH o *informe Teitgen*, se identificaron como libertades profesionales y derechos sociales (COMMISSION DES QUESTIONS JURIDIQUES ET ADMINISTRATIVES, “Rapport présenté par M. Teitgen au nom de la Commission des Questions Juridiques et Administratives”, en CONSEIL DE L’EUROPE, *Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Vol. I, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1975, pp. 218-219).

¹⁸⁰ C. O’CINNEIDE, “A Modest Proposal: Destitution, State Responsibility and the European Convention on Human Rights”, cit., p. 604.

político-jurídico: “la insuficiencia de la protección del Convenio [CEDH] en materia de derechos sociales en relación con la CSE”¹⁸¹.

Esta aproximación a sus límites jurídicos permite plantear las siguientes consideraciones:

- La proyección de los DESC o de intereses económicos, sociales y culturales a proteger en la interpretación del CEDH y de los Protocolos –sea advirtiendo conexiones explícitas o implícitas, o mediante la incorporación de parte de su contenido jurídico al del derecho o libertad reconocidos–, bien que sustentada en su implicación con la efectividad del CEDH y de sus Protocolos, genera en la práctica jurisdiccional una *tensión* entre la certeza de la indivisibilidad de los derechos humanos que se pretende plasmar en la interpretación de las disposiciones convencionales y la necesidad del TEDH de responder al imperativo legal de su mandato, es decir, de focalizar su metodología interpretativa en la perspectiva de los derechos civiles y políticos –con un punto de partida que, admitiendo la existencia de obligaciones positivas, asume la especificidad normativa de los mismos–. Como señala BREMS, siempre “*where the line is drawn will be determined not by the logic of the social rights that are indirectly protected, but by the logic of the civil and political rights into which they are incorporated*”¹⁸². En consecuencia, tanto la aproximación integrada o sistemática¹⁸³ o la aproximación constructiva¹⁸⁴ del CEDH y de sus Protocolos que se desprende de la protección indirecta, espe-

¹⁸¹ M.R. PÉREZ REYES, “La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *LEX SOCIAL-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2011, p. 93. La propuesta de MANTOVALOU y VOYATZIS es interesante en orden a superar este límite estructural: una interpretación que integre los DESC en el CEDH y sus Protocolos “*cannot substitute a substantive reform that will aim at a systematic protection of all the rights of the European Social Charter, and not only those that happen to fall within the scope of some ECHR provision*” (V. MANTOVALOU and P. VOYATZIS, “The Council of Europe and the Protection of Human Rights: A System in Need of Reform”, en S. JOSEPH and A. McBETH (eds.), *Research Handbook on International Human Rights Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010, p. 349).

¹⁸² E. BREMS, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, *cit.*, p. 165.

¹⁸³ M. SCHEININ, “Economic and Social Rights as Legal Rights”, en A. EIDE and al. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Kluwer Law International, The Hague, 2001, p. 32.

¹⁸⁴ F. SUDRE, “La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l’homme...”, *cit.*, p. 758.

cialmente respecto a los DESC, está mediatizada y restringida por estos condicionantes jurídicos.

- Pese a declararse incompetente *ratione materiae* “to review governments’ compliance with instruments other than the European Convention on Human Rights and its Protocols, even if, like other international treaties, the European Social Charter”, el TEDH señaló que la misma “may provide it with a source of inspiration”¹⁸⁵. La subrayada complementariedad de ambos tratados internacionales adoptados en el seno del Consejo de Europa¹⁸⁶, a los efectos de la aplicación de sus respectivas disposiciones, parece reconducirse a una *problemática común de garantía*¹⁸⁷, que, entendida como potencial directriz interpretativa, tiende más bien a exigir que el Comité Europeo de Derechos Sociales se fije en la metodología interpretativa y en los criterios interpretativos del TEDH, y no al revés¹⁸⁸. Así, aun cuando se encuentren ejemplos en los fundamentos jurídicos del TEDH que desarrollan la protección indirecta referencias a la CSE (incluida su versión revisada de 1996)¹⁸⁹, no puede tenerse por una práctica generalizada –debilitando la potencialidad de una armonización bidireccional ya a priori “limitada por la letra a veces divergente de los dos convenios”¹⁹⁰–.

¹⁸⁵ *Zehmalová and Zehmal v. the Czech Republic* (dec.), no. 38621/97, 14 May 2002.

¹⁸⁶ El Comité Europeo de Derechos Sociales, por ejemplo, ha señalado que “*The Charter [CSE] was envisaged as a human rights instrument to complement the European Convention on Human Rights. (...) The rights guaranteed are not ends in themselves but they complete the rights enshrined in the European Convention of Human Rights*” (*International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France* (Complaint N° 14/2003), Decision on the merits of 10 July 2010, § 27).

¹⁸⁷ J.-F., AKANDJI-KOMBÉ, “Charte Sociale Européenne et Convention Européenne des Droits de l’Homme: Quelles Perspectives pour les 10 prochaines années?”, en O. DE SCHUTTER (coord.), *The European Social Charter: A social constitution for Europe/La Charte social européenne: Une constitution sociale pour l’Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 151.

¹⁸⁸ Bajo la premisa de un retraso jurisprudencial sustentado en el dato objetivo de los años de acción jurisdiccional/cuasi-jurisdiccional respectiva y en que “*the European Social Charter has been largely overshadowed by the Convention [CEDH], even within specialized circles*”, al menos hasta mediados de los 90 (O. DE SCHUTTER, “The Two Lives of the European Social Charter”, en: O. DE SCHUTTER (coord.), *The European Social Charter: A social constitution for Europe...*, cit., p. 11); el retraso jurisprudencial es también un argumento relevante para CHATTON (G. CHATTON, “La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...”, cit., p. 307).

¹⁸⁹ *Ibid.* pp. 296-301.

¹⁹⁰ *Ibid.* p. 307.

- Todas las anteriores implicaciones parecen orientarse decididamente hacia una última consideración: que el resultado de la protección indirecta comporta, en definitiva, la protección de un núcleo de obligaciones básicas respecto a los DESC *-per se* o por medio de los intereses económicos, sociales y culturales efectivamente protegidos¹⁹¹; es decir, un estándar mínimo europeo¹⁹², mediante el que el TEDH “has been faced with questions concerning the boundaries of state responsibility for meeting basic human needs”¹⁹³.

4.2. Los límites de la protección indirecta: dimensión interpretativa

La protección indirecta es un criterio interpretativo que se incardina a una metodología interpretativa focalizada en la efectividad de los derechos y libertades convencionalmente reconocidos. Mas, si se reflexiona sobre el alcance jurídico de la protección indirecta ofrecida, es difícil hacerlo sin introducir otro vector político-jurídico: la percepción del propio TEDH sobre la legitimidad social de su labor jurisdiccional frente a los operadores jurídicos estatales, y, particularmente, respecto a las autoridades estatales. No es descabellado pensar que el TEDH la asienta en “*a fair compromise between the purposes and the performance of human rights courts and the purposes and performance of domestic institutions*” -lo que significa partir de la “*presumption of complementarity with domestic institutions*” -¹⁹⁴.

En consecuencia, frente a las potenciales expectativas generadas por este criterio interpretativo, la protección indirecta ofrecida a los DESC o a los intereses económicos, sociales y culturales en juego “*will always be unsatisfactory*”¹⁹⁵: primero, porque el compromiso equitativo se traduce en

¹⁹¹ I. CISMAS, “The Intersection of Economic, Social and Cultural Rights and Civil and Political Rights”, en E. RIEDEL, G. GIACCA and C. GOLAY (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, cit., p. 465.

¹⁹² Pues no necesariamente “*has to follow the UN standard as expressed in the General Comment from the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*” (I. E. KOCH, “Social Rights as components in the Civil Right to Personal Liberty: Another Step Forward in the Integrated Human Rights Approach?”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 20, 2002, 1, p. 48).

¹⁹³ E. PALMER, “Protecting socio-economic rights through the European Convention on Human Rights...”, cit., p. 408.

¹⁹⁴ B. ÇALI; A. KOCH and N. BRUCH, “The Legitimacy of Human Rights Courts...”, cit., p. 974.

¹⁹⁵ E. BREMS, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, cit., p. 167.

*“a fair balance between judicial innovation and respect for the ultimate policy-making role of member States in determining the spectrum of rights guaranteed by the Convention”*¹⁹⁶; y, segundo, porque no parece realista pedirle al TEDH que *“it steer away from its own conceptions of the core of rights”*¹⁹⁷ y las reemplace por las que puedan desprenderse de los DESC, tal y como son interpretados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el Comité Europeo de Derechos Sociales.

La jurisprudencia que refleja la protección indirecta ha tendido a sostener, particularmente respecto a los artículos 2, 3 y 8 CEDH¹⁹⁸, lo que pueden entenderse como contenidos o necesidades socio-económicas de carácter básico vinculados a los mismos:

*“a principled jurisprudence has begun to emerge whereby states may be held responsible for extreme socio-economic deficits in circumstances where it can be shown that there are direct and verifiable links between the conduct of the state or its agents and the origins or continuation of conduct that has caused intolerable harm”*¹⁹⁹.

Esta *perspectiva interpretativa* repercute en que el balance equitativo de intereses modere el reconocimiento jurídico de la protección indirecta; por ejemplo, en el *asunto Botta v. Italia*, el beneficio social denegado –garantizar a un discapacitado el acceso a la playa durante sus vacaciones– es percibido como un nivel demasiado extensivo de aquellas potenciales relaciones interpersonales que protege el artículo 8 CEDH²⁰⁰.

Incluso respecto a derechos y libertades que no admiten derogación alguna²⁰¹, la evaluación del respeto de las obligaciones positivas que funda-

¹⁹⁶ A. MOWBRAY, “The Creativity of the European Court of Human Rights”, *cit.*, p. 79.

¹⁹⁷ E. BREMS, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, *cit.*, p. 167.

¹⁹⁸ El art. 1 del Protocolo adicional primero incorpora derechos sobre la vivienda o sobre pensiones y otros beneficios sociales en función de que sea expectativas patrimoniales reconocibles legalmente.

¹⁹⁹ E. PALMER, “Protecting socio-economic rights through the European Convention on Human Rights...”, *cit.*, p. 414; por lo que se revela una preocupación especial por la pobreza y la exclusión social (F. TULKENS, “The European Convention on Human Rights and the economic crisis...”, *cit.*, p. 1).

²⁰⁰ *Botta v. Italy*, 24 February 1998, § 35, *Reports of Judgments and Decisions 1998-II*.

²⁰¹ Por ejemplo, respecto al art. 2 CEDH: *“in the context of the State’s positive obligations, when addressing complex scientific, legal and ethical issues concerning in particular the beginning or the end of life, and in the absence of consensus among the member States, the Court has recognised that*

mentan la protección indirecta o de las medidas que restringen el alcance de la protección indirecta otorgada a un DESC o interés económico, social y cultural –por ejemplo, la disminución de una pensión– comporta un balance de intereses en el que el Estado goza de un cierto margen de apreciación.

Reflejo del principio de subsidiariedad de la jurisdicción internacional frente a la estatal, (véase Nota 57), el margen de apreciación²⁰² concede a las razones esgrimidas por las autoridades estatales para justificar su actuación un lugar preferente en el balance de intereses, según el derecho o libertad afectado, los fines legítimos perseguidos o el nivel de consenso alcanzado entre Estados Partes; puede contrarrestarse, esencialmente, si se demuestra la ausencia de razonabilidad o la desproporción de las medidas estatales. Pese a ser un criterio interpretativo “flexible y polisémico”²⁰³ –y, por ello, poco predecible²⁰⁴–, marca los contornos del compromiso equitativo legitimador de la actividad jurisdiccional y, en consecuencia, puede jugar un papel moderador –si se quiere, restrictivo– del alcance jurídico de la protección indirecta, contribuyendo a su ya limitada operatividad por motivos político-jurídicos, jurídicos y de política jurisdiccional. Por ejemplo, ante la

the latter have a certain margin of appreciation” (Lambert and Others v. France [GC], no. 46043/14, § 144, 5 June 2015).

²⁰² Véase al respecto, por ejemplo: Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerp, 2002; P. GALLAGHER, “The European Convention on Human Rights and the Margin of Appreciation”, *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper*, No. 52/2011, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1982661> (consulta: 2/05/2015); J. KRATOCHVIL, “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29, 2011, 3, pp. 324-357; G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007; R. J. Mc DONALD, “The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, en VV.AA., *International Law at the Time of its Codification, Essays in Honour of Judge Roberto Ago*, Giuffrè, Milan, 1987, pp. 187-208; C.M. ZOETHOUT, C. M., “Margin of Appreciation, Violation and (in) Compatibility: Why the ECtHR Might Consider Using an Alternative Mode of Adjudication”, *European Public Law*, Vol. 20, 2014, 2, pp. 309-330.

²⁰³ F.J. PASCUAL VIVES, “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 29, 2013, p. 260.

²⁰⁴ Marcado, ciertamente, como señala GARCÍA ROCA, por “una sensación de inseguridad jurídica y de imprevisibilidad o impredictibilidad del resultado que ponen de manifiesto un exceso de discrecionalidad en la decisión judicial europea” (J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 379).

actual crisis económica y financiera en Grecia se otorgó al Estado un muy amplio margen de apreciación respecto a las sustanciosas bajadas de sueldo y de las pensiones de sus funcionarios, inadmitiéndose las demandas por manifiestamente mal fundadas –artículo 1 del Protocolo adicional primero–; apreciando su utilidad pública, el TEDH no consideró desproporcionadas tales medidas, entre otras cosas, por no suponer una carga excesiva para los afectados al no poner en riesgo su subsistencia²⁰⁵.

5. CONSIDERACIONES FINALES

La protección indirecta es un criterio interpretativo del TEDH vinculado a una metodología interpretativa que se apoya esencialmente en la voluntad de garantizar la máxima efectividad posible de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH y en sus Protocolos; fundamentada, básica que no exclusivamente, en el reconocimiento de la existencia de obligaciones positivas derivadas de este marco convencional, la protección indirecta permite al TEDH, en función de que su salvaguardia tenga implicaciones para la efectividad de los derechos y libertades convencionalmente reconocidos, extender la protección del CEDH y de sus Protocolos a DESC o intereses económicos, sociales y culturales relacionados con los mismos.

En este sentido, en cuanto que manifestación jurisprudencial del TEDH, puede afirmarse que la protección indirecta es un instrumento que fortalece la exigibilidad jurídica de los DESC a nivel europeo, en cuanto que los sitúa dentro de la esfera *ratione materiae* de un tribunal regional como es el TEDH.

²⁰⁵ *Ioanna Koufaki et ADEDY contre la Grèce* (dec.), nos. 57665/12 et 57657/12, § 40-50, 7 Mai 2013; en cambio consideró desproporcionado y una carga excesiva el impuesto aplicado a una indemnización por despido de un trabajador público (*N.K.M. v. Hungary*, no. 66529/11, § 75, 14 May 2013). El Comité Europeo de Derechos Sociales, en una serie de decisiones respecto a las mismas reformas en Grecia, las consideró contrarias al art.12,3 Carta Social Europea (del que se desprende la no conformidad inicial de toda medida regresivas de seguridad social): *Federation of employed pensioners of Greece (IKA-ETAM) v. Greece* (Complaint No. 76/2012), Decision on the Merits of 7 December 2012, pp. 19-20, §§ 77-82; *Panhellenic Federation of Public Service Pensioners (POPS) v. Greece* (Complaint No. 77/2012), Decisions on the Merits 7 December 2012, pp. 16-17, §§ 73-78; *Pensioners' Union of the Athens-Piraeus Electric Railways (I.S.A.P.) v. Greece* (Complaint No. 78/2012), Decision on the Merits on 7 December 2012, pp. 16-17, §§ 73-78; *Panhellenic Federation of pensioners of the Public Electricity Corporation (POS-DEI) v. Greece* (Complaint No. 79/2012), Decision on the Merits of 7 December 2012, pp. 16-17, §§ 73-78; *Pensioners' Union of the Agricultural Bank of Greece (ATE) v. Greece* (Complaint No. 80/2012), Decision on the Merits of 7 December 2012, pp. 16-17, §§ 73-78.

Ahora bien, el alcance jurídico de la extensión otorgada por la protección del CEDH y de sus Protocolos a los DESC –aunque sea tutelando intereses económicos, sociales y culturales vinculados a los mismos– debe ser mediaticada o, si se quiere, relativizada.

En primer lugar, porque el activismo judicial del TEDH tiene sus límites jurídicos: además de no poder realizar un reconocimiento jurídico-formal de ningún DESC, la dimensión teleológica de su metodología interpretativa ni le autoriza a dotar a los DESC de un alcance jurídico material desvinculado de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH y sus Protocolos –básicamente, derechos civiles y políticos–, ni la indivisibilidad de los derechos humanos le faculta a desvincular su metodología interpretativa de la perspectiva material de los mismos.

Y, en segundo lugar, porque la política interpretativa del TEDH, orientada por los presupuestos jurídicos anteriores, tiende a imponer, en aras de la legitimidad social que pretende conservar frente a los Estados Partes, límites a su activismo judicial: primero, asumiendo que el contenido jurídico del CEDH y de sus Protocolos condiciona su metodología interpretativa; y, segundo, porque, cuando se plantea la aplicación de la protección indirecta, el TEDH suele conceder a los Estados Partes un mayor o menor margen de apreciación para delimitar el balance de intereses en juego que, en todo caso, restringe el ámbito expansivo disponible para los DESC a través de la protección indirecta.

Lo anterior no puede, ni debe, llevar a un juicio negativo del alcance jurídico de la protección indirecta en la jurisprudencia del TEDH: es una propuesta muy sugerente para épocas de crisis económica o financiera, aun cuando sea a fuerza de inferir del CEDH y de sus Protocolos estándares básicos de protección a nivel europeo respecto a los DESC a través de su implicación con los derechos y libertades efectivamente reconocidos.

JORDI BONET PÉREZ
Derecho Internacional Público
Facultad de Derecho
Universidad de Barcelona
c/ Diagonal, 684
Barcelona - 08034
e-mail: jbonet@ub.edu

DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN LA LOMCE

THE RIGHT TO EDUCATION AND FREEDOM OF TEACHING IN THE LOMCE

OSCAR CELADOR ANGÓN
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 12-11-15

Fecha de aceptación: 4-4-16

Resumen: *El objetivo de estas líneas es analizar la configuración de los derechos a la educación y a la libertad de enseñanza en la LOMCE y su coherencia con el marco constitucional. La reforma educativa ha sido impulsada con el pretexto de mejorar la calidad y la competitividad del sistema educativo; sin embargo, ésta ha modificado en profundidad tanto el currículo y el itinerario escolar, como el papel de la incitativa privada financiada con recursos públicos en el nuevo modelo educativo.*

Abstract: *This article analyzes the configuration of the rights to education and freedom of teaching in the LOMCE, and its coherence with the constitutional framework. Education reform has been designed as a pretext for improving the quality and competitiveness of the education system; however, the reform has deeply changed the curriculum, and the role of public and private schools in the new educational model.*

Palabras clave: libertad de enseñanza, derecho a la educación, reforma educativa, régimen de conciertos escolares

Keywords: freedom of teaching, right to education, education reform, public funding of private schools

1. CONSIDERACIONES INICIALES

La aprobación parlamentaria de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE) ha provocado un inten-

so debate político y social, debido a que se trata de una reforma que está llamada a tener importantes repercusiones en la formulación del futuro modelo educativo. El momento y las formas utilizadas por el legislador han avivado la polémica en torno a la reforma educativa, ya que ésta ha sido impulsada con escaso consenso parlamentario, y en un momento de crisis económica caracterizado por sucesivos recortes al Estado social y un fuerte impulso político a la privatización de servicios públicos esenciales.

La ausencia de estabilidad legislativa en el terreno educativo es probablemente uno de los principales defectos que arrastra nuestro modelo, ya que los legisladores que se han precedido en democracia han ignorado la importancia de concebir a la educación como una cuestión de Estado, y no han diseñado políticas para el largo plazo; que por lo tanto sean la consecuencia de un debate serio, público y que manifiesten un elevado grado de consenso político y social. Baste señalar a este respecto que la Ley Orgánica de Calidad de la Educación 10/2002 (LOCE), de 23 de diciembre de 2002, no llegó a aplicarse debido a la aprobación de la Ley Orgánica 2/2006 (LOE), de 3 de mayo, de Educación¹; y la LOE, a su vez, ha sido objeto de una profunda revisión con ocasión de la aprobación de la LOMCE.

Las modificaciones legislativas referidas explican la tensión que históricamente ha existido en nuestro ordenamiento jurídico en torno a la formulación de los derechos a la educación y a la libertad de enseñanza, así como a las materias y contenidos que deben formar parte del currículo escolar. Los defensores de la última reforma educativa han argumentado que con la misma se pretende mejorar la calidad y la excelencia del modelo educativo, aportar soluciones al elevado grado de fracaso y abandono escolar, así como introducir *nuevos patrones de conducta que ubiquen la educación en el centro de nuestra sociedad y economía*². Ahora bien, dada la trayectoria legislativa en este terreno no debería sorprendernos que la mejora de la calidad del modelo educativo haya sido el pretexto utilizado por el legislador para modificar o

¹ Un Real Decreto aprobado por el Consejo de Ministros del 28 de mayo de 2004 paralizó el calendario de aplicación de la LOCE.

² Vid. J. GIMENO, "La LOMCE ¿una ley más de educación?", *Revista interuniversitaria de formación del profesorado*, num. 81, 2014, pp. 31-44. M. SUBIRATS, "La LOMCE: hacia una educación antidemocrática", *Revista interuniversitaria de formación del profesorado*, num. 81, 2014, pp. 45-58. A. LETURIA, "El Derecho a la educación en España: recortes ante la crisis y alternancia de modelos en nombre de la calidad", *Concretização de Direitos Fundamentais na Argentina, Brasil e Espanha: Liberdade de Expressão e Direito à Educação*, Série Direito Brasil Europa, num. 2, 2015, p. 175.

eliminar los elementos configuradores del sistema educativo que introdujo la LOE.

A partir de estos parámetros, pretendemos analizar la configuración de los derechos a la educación y a la libertad de enseñanza en la reforma legislativa y su coherencia con el marco constitucional. Para ello hemos dividido nuestro estudio en dos partes, si bien interrelacionadas, claramente diferenciadas: por una parte, la reforma ideológica operada en el currículo y en el modelo escolar, que se ha traducido en la desaparición de la asignatura de educación para la ciudadanía y los derechos humanos (ECJ), la conversión de la enseñanza de la religión confesional en una asignatura evaluable y la posibilidad de que los poderes públicos financien la educación diferenciada por razón de sexo; y por otra, el papel que la reforma educativa concede a la libertad de enseñanza, y especialmente al protagonismo que ésta concede a la iniciativa privada financiada con recursos públicos.

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

El artículo 27 de la Constitución española (CE) es probablemente uno de los textos más complejos de la Carta Magna, tanto por la relevancia de los derechos y libertades que protege, como por el profundo debate que la sociedad española ha mantenido históricamente en torno al alcance y contenido de esta porción del texto constitucional. El art. 27 CE fue el resultado del acuerdo de los grupos parlamentarios, de ahí que reconozca en el mismo punto como derechos fundamentales el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, de acuerdo con la fórmula: “todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza”³.

El hecho de que la libertad de enseñanza se recoja a continuación del derecho a la educación no es casual, e indica el carácter principal del Estado en el sistema educativo, y el consecuente carácter subsidiario de la enseñanza privada. Como ha señalado Embid Irujo, “la Constitución otorga al Estado, sin duda, el papel preeminente sobre la instrucción tanto pública como privada. Le confiere la potestad de inspeccionar y homologar el sistema educativo con

³ Vid. S. GALLEG0-DÍAZ, B., DE LA CUADRA, B., *Crónica secreta de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 116. D. LLAMAZARES, *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de Conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, Cívitas, Madrid, 2002, p. 97. G. SUÁREZ PERTIERRA, “Reflexiones acerca de la relación entre libertad de enseñanza e ideario de centro educativo”, *Anuario de Derechos Humanos*, num. 2, 1983, pp. 627-644.

la finalidad de garantizar el cumplimiento de las Leyes (art. 27.8 CE). Sistema educativo que, insisto de nuevo, comprende tanto a los centros públicos como privados como se deduce de la consulta de la legislación ordinaria”⁴.

En otras palabras, el marco constitucional asigna la responsabilidad y la titularidad del derecho a la educación al Estado, pero establece un sistema dual en el cual conviven la enseñanza pública y privada, y de forma subsidiaria a la enseñanza pública –ideológicamente neutral– concurren centros escolares que representan la concepción ideológicamente pluralista de la sociedad española⁵.

La redacción constitucional indica que los constituyentes evitaron la ordenación de un modelo educativo específico, habilitando al legislador para que desarrollase el modelo educativo respetando los principios recogidos en el texto constitucional, y solucionase los potenciales conflictos entre los derechos a la educación y la libertad de enseñanza a partir del criterio hermenéutico contenido en el artículo 27.2, donde se establece cuál es el objeto de la educación; es decir, la finalidad que debe perseguir la interpretación de los principios del sistema educativo. Dicha finalidad, en la línea de la Declaración Universal de Derechos Humanos, es el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Como ha señalado Suárez Pertierra, “la congruencia constitucional, tanto interna como externa, del sistema educativo dependerá de su adecuación a la finalidad propuesta con su formulación, que es la referida en el punto segundo del artículo 27”⁶.

El derecho a la educación, entendido como el derecho “a formar en libertad y para la libertad la propia conciencia como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad en expresión del artículo 10.1 CE”⁷, es un derecho de naturaleza prestacional vinculado a la esencia del Estado social. Por este motivo, afirma Llamazares Fernández que: “el objeto de la educación es justamente la formación y la maduración de la propia conciencia en la percepción por el sujeto de sí mismo como distinto de los otros y de lo otro, así como de las consecuentes relaciones con este entorno, percepción que permi-

⁴ A. EMBID, *Las Libertades en la Enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 186.

⁵ B. LOZANO, B., *La Libertad de Cátedra*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 253-254.

⁶ G. SUÁREZ PERTIERRA, “Reflexiones acerca de la relación, cit. pp. 629.

⁷ Vid. D. LLAMAZARES, *Derecho de la libertad de conciencia II*, cit. p. 61. J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Instituto Bartolomé de Las Casas/Dykinson, Madrid, 2003, p. 130.

tirá que las relaciones frente al mismo sean conscientes, valorativas y críticas, responsables y, en definitiva, realmente libres”⁸. Ahora bien, el derecho a la educación debe interpretarse en paralelo al mandato contenido en el artículo 9.2 CE que ordena a los poderes públicos, tanto promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, como remover los obstáculos que impidan o dificulten la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

La libertad de enseñanza ha sido definida por el Tribunal Constitucional como: “una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales”⁹. De esta manera, la libertad de enseñanza se conforma como una “actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores, que se conforma como una proyección del derecho de libertad de conciencia consagrado en el artículo 16.1 CE”¹⁰. Asimismo, la libertad de enseñanza implica el derecho a crear instituciones educativas (27.6 CE), el derecho a la libertad de cátedra (20.1.1c) CE), y se conforma como un derecho que sirve de cauce para que el ejercicio del derecho de los padres a elegir la educación religiosa y moral de sus hijos (27.3 CE)¹¹. La formulación de la libertad de enseñanza puede parecer redundante a la vista de lo establecido en los números 3 y 6 del artículo 27 CE, salvo que con la inclusión expresa de este derecho se pretendiera excluir el monopolio estatal de la educación¹².

Por último, el ejercicio de los derechos a la educación y a la libertad de enseñanza debe contextualizarse en el marco del “Estado social y democrá-

⁸ D. LLAMAZARES, *Derecho de la libertad de conciencia II*, cit., p. 94.

⁹ STC 5/1981 de 13/02/1981.

¹⁰ J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la educación*, cit. p. 130.

¹¹ El derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos debe interpretarse incluido en la libertad de enseñanza desde una perspectiva meramente formalista, ya que la Ley orgánica de la Libertad Religiosa es precisa al incluir este derecho como parte integrante del derecho de libertad religiosa en su artículo 2.1.d). Por este motivo, el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos no se conforma como un derecho de prestación, y la obligación de los poderes públicos de garantizar su cumplimiento no incluye su financiación, o su ejercicio a través del sistema educativo.

¹² Ello explicaría, en palabras de Suárez Pertierra, “la circunstancia de su tardía integración en el proceso constitucional, que se remonta al Dictamen de la Comisión”, G. SUÁREZ PERTIERRA, “Acerca de la relación”, cit. p. 628.

tico de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (art. 1.1). CE. La gratuidad y la obligatoriedad de la enseñanza básica que ordena el art. 27.4 CE es una muestra de estos principios, siendo los poderes públicos los garantes del cumplimiento efectivo de esta disposición mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes (27.5 CE). El artículo 27.8 CE señala que los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las Leyes, de forma que el Estado monopoliza ambas funciones sin que se prevea una posible delegación de las mismas¹³.

Una vez delimitados los términos y los conceptos sobre los que versan las presentes líneas, el objeto de las mismas será determinar en qué medida la configuración operada por el legislador de los derechos a la educación y de libertad de enseñanza a través de la LOMCE es coherente con el marco constitucional.

3. ¿UNA REFORMA IDEOLÓGICA O PEDAGÓGICA?

3.1. Modelo centralista y economicista

A grandes rasgos, los sistemas educativos obedecen a dos parámetros que en ocasiones se presentan como contrapuestos, pero cuyo equilibrio es necesario para conseguir la plena integración de los discentes cuando finalicen su itinerario escolar. Por una parte, están los defensores de un modelo educativo que fomente principalmente el libre desarrollo de la personalidad y la formación integral de los alumnos. Y por otra, se encuentran los partidarios de subordinar la educación al sistema económico, en la medida en la que el proceso educativo ha de tener como principal misión la incorporación de los estudiantes al mercado laboral¹⁴. En palabras de Bayona: “para el modelo

¹³ La gratuidad y la obligatoriedad de la enseñanza había sido ordenada antes de la aprobación de la Constitución por la Ley General de Educación de 1970, que concebía a la educación como servicio público, y responsabilizada prioritariamente al Estado de su provisión, y preveía la posibilidad de que centros no estatales pudieran participar en la oferta de puestos escolares gratuitos en los niveles obligatorios, obteniendo en contrapartida un apoyo económico del Estado.

¹⁴ M. SUBIRATS, “La LOMCE: hacia una educación antidemocrática”, cit. pp. 45 y ss.

del desarrollo humano el fin de la educación es que todos superen ciertos umbrales de oportunidades o capacidades que cada persona posee en esferas que abarcan desde la vida, la salud y la integridad física hasta la libertad y la participación política. La educación debe enseñar lo que es esencial para la autoestima, la autonomía personal y la salud de la democracia. El otro modelo cree que esas cosas no son importantes y que son más competitivos aquellos países donde los estudiantes pasan más tiempo aprendiendo cosas útiles para la carrera laboral; y menos aprendiendo cosas que no tienen rentabilidad inmediata. Orienta la educación a la empleabilidad y la competitividad, no a la actividad intelectual reflexiva e independiente”¹⁵.

Desde la perspectiva del currículo, la reforma apuesta por un modelo economicista, en la medida en la que: introduce modificaciones en el modelo de formación profesional a las que posteriormente nos referiremos; incorpora al currículo una materia para emprendedores denominada “iniciación a la actividad emprendedora y empresarial” en el primer ciclo de ESO; ha convertido a la ECI en una materia que se enseña de forma transversal sin personalidad propia y/o autónoma en el plan de estudios; y la enseñanza artística, la tecnología y la filosofía, han pasado a un segundo plano en los planes de estudios, destacando el hecho de que la filosofía se convierta en una asignatura optativa en segundo de Bachillerato, o que la música deje de ser una enseñanza obligatoria y su contenido quede a expensas de lo que decidan las Comunidades Autónomas, pero en todo caso perdiendo horas lectivas.

Por los motivos señalados, un sector de la doctrina ha sido muy crítico con el nuevo currículo, al entender que éste pone en peligro el equilibrio necesario entre un modelo puramente economicista y otro exclusivamente centrado en la potenciación de valores como, por ejemplo, la autonomía personal o los principios democráticos de convivencia. En palabras de Gimeno: “el objetivo de esta política es lograr una mayor conexión entre las instituciones educativas y las empresas. Se ha reavivado el dilema clásico no resuelto de educar para el mercado laboral o formar espíritus cultos y formados. Se ha roto el equilibrio de las finalidades de la educación a favor de la eficiencia económica, de la rentabilidad, propiciado por la globalización de los mercados”¹⁶.

¹⁵ B. BAYONA, “Los ejes de la LOMCE”, *Fórum Aragón: revista digital de FEAE-Aragón sobre organización y gestión educativa*, num. 7, 2013, p. 13.

¹⁶ J. GIMENO, “La LOMCE ¿una ley más de educación?”, cit. p. 44 En la misma línea Vid. F. ANDRÉS, “La LOMCE, una ley que apuesta por las desigualdades sociales”, *Fórum Aragón: revista digital de FEAE-Aragón sobre organización y gestión educativa*, num. 7, 2013, pp.

Con el objeto de acercar el modelo educativo al mercado laboral, la LOMCE ha creado la formación profesional básica (FPB) y ha suprimido los programas de cualificación profesional inicial (PCPI), que permitían obtener el título de ESO al finalizar el segundo año de los módulos voluntarios. La FPB se configura como una enseñanza de oferta obligatoria y carácter gratuito que comprende dos cursos académicos, y pretende que los alumnos adquieran un conjunto de conocimientos, destrezas y habilidades que les permitan incorporarse al mercado laboral¹⁷. Esta enseñanza está diseñada para alumnos entre 15 y 17 años que hayan cursado tercero de ESO o excepcionalmente segundo, previa recomendación del equipo docente y con consentimiento de padres, tutores o del propio alumno si está emancipado; asimismo, el currículo escolar en cierta manera obliga a los alumnos a optar a una temprana edad, pues en cuarto curso de la ESO deben elegir entre las enseñanzas académicas o las aplicadas, conformándose la primera opción como la salida hacia el bachillerato y la segunda hacia la formación profesional.

Los alumnos que no superen la ESO accederán a la FPB, que una vez superada da acceso a la formación profesional de grado medio o superior; mientras que los alumnos que no superen la prueba final del bachillerato tendrán la posibilidad de acceder a la formación profesional de grado medio o superior¹⁸. De esta manera, se abandona el modelo previo de educación secundaria obligatoria y común para todos los alumnos, que ofrecía una formación generalista previa a la especialización de los estudios.

23-29. B. BAYONA, "Los ejes de la LOMCE, cit. p.12. M. SUBIRATS, "La LOMCE: hacia una educación antidemocrática", cit. p. 51.

¹⁷ Vid. art. 13 modificando al art. 21. de la LOE.

¹⁸ Vid. art. 19 LOMCE modificando en art. 28. de la LOE. De acuerdo con la redacción que la LOMCE da al artículo 28 de la LOE, "Al final de cada uno de los cursos de Educación Secundaria Obligatoria se entregará a los padres, madres o tutores legales de cada alumno o alumna un consejo orientador, que incluirá un informe sobre el grado de logro de los objetivos y de adquisición de las competencias correspondientes, así como una propuesta a padres, madres o tutores legales o, en su caso, al alumno o alumna del itinerario más adecuado a seguir, que podrá incluir la incorporación a un programa de mejora del aprendizaje y el rendimiento o a un ciclo de Formación Profesional Básica". Asimismo, el artículo 30 de la LOE queda redactado de la siguiente manera: "El equipo docente podrá proponer a los padres, madres o tutores legales, en su caso a través del consejo orientador, la incorporación del alumno o alumna a un ciclo de Formación Profesional Básica cuando el grado de adquisición de las competencias así lo aconseje, siempre que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 41.1 de esta Ley Orgánica.

Queda clara la relevancia de la modificación legislativa operada por la LOMCE en este apartado, pues el rendimiento escolar se convierte en un factor de segregación escolar. De forma complementaria, y pese a que existen numerosos estudios que indican que la formación profesional es percibida por la sociedad como una educación de peor calidad que la que obtienen los alumnos que cursan el bachillerato, la LOMCE contribuye a marginalizar esta educación al indicar que ésta será la trayectoria para aquellos alumnos que, al menos teóricamente, tienen menor nivel académico. Como ha señalado Bayona, “la FP no parece una trayectoria personal digna, sino una segunda vía para los fracasados, porque no es una elección personal, sino una segregación forzosa. La canalización hacia ella no obedece a las capacidades y afinidades de los jóvenes, sino a su incapacidad para obtener buenos resultados en las competencias básicas”¹⁹.

Por último, desde la perspectiva competencial la LOMCE propone un modelo de distribución de competencias centralista en el cual el Gobierno desempeña el principal protagonismo, con el fin de: “asegurar una formación común y el carácter oficial y la validez en todo el territorio nacional de las titulaciones a que se refiere esta Ley Orgánica”²⁰. Para ello, la LOMCE organiza las asignaturas del currículo en tres bloques: troncales, específicas y de libre configuración autonómica. El Gobierno tiene la competencia para determinar los contenidos comunes, los estándares de aprendizaje evaluables y el horario lectivo mínimo del bloque de asignaturas troncales; y en el caso de las asignaturas específicas los estándares de aprendizaje evaluables relativos a los contenidos de cada bloque. Al Gobierno le corresponde también determinar los criterios de evaluación del logro de los objetivos de las enseñanzas²¹.

La reforma supone que las Comunidades Autónomas sólo tienen competencia para decidir los contenidos y horarios de las asignaturas específicas

¹⁹ B. BAYONA, “Los ejes de la LOMCE”, cit. p. 14.

²⁰ De acuerdo con el nuevo 6. Bis, e).

²¹ En concreto, al Gobierno le corresponde “determinar los criterios de evaluación del logro de los objetivos de las enseñanzas y etapas educativas y del grado de adquisición de las competencias correspondientes, así como las características generales de las pruebas, en relación con la evaluación final de Educación Primaria; y en el caso de la Educación Secundaria Obligatoria y de Bachillerato el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, determinará los criterios de evaluación del logro de los objetivos de las enseñanzas y etapas educativas en relación con los contenidos de los bloques de asignaturas troncales y específicas, así como las características de las pruebas y su contenido para cada convocatoria”. De acuerdo con el nuevo 6. Bis, 2. b).

y las dedicadas a las lenguas cooficiales. A partir de este planteamiento, ha expuesto acertadamente Leturia que: “se advierte un refuerzo de las competencias de la Administración central en detrimento de las CCAA; una tendencia hacia la centralización en un modelo donde las CCAA tienen asumidas plenas competencias en materia educativa”²².

3.2. Educación para la ciudadanía y derechos humanos

El artículo 27 CE circunscribe el objeto de la educación al pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. La educación para la ciudadanía y los derechos humanos (ECI) ha estado presente, aunque con diferentes formulaciones, en el sistema educativo español desde las primeras normas que regularon la educación en democracia. Hasta la aprobación de la LOE, la ECI se configuraba como una enseñanza con carácter transversal, de forma que sus contenidos informaban todas las asignaturas que conformaban el currículo escolar, pero no existía una asignatura específica con esta denominación²³.

La incorporación de la ECI como una asignatura específica en los planes de estudios debe interpretarse de acuerdo con dos parámetros. En primer lugar, España era uno de los pocos países de la Unión Europea cuyo currículo escolar no preveía la existencia de una asignatura autónoma y específica, que formase a los alumnos sobre sus derechos y obligaciones en materia de ciudadanía y los derechos humanos²⁴. Y en segundo lugar, era necesario adaptar el modelo

²² LETURIA, “El Derecho a la educación en España, cit. p. 198. J.L. BERNAL, “Análisis crítico del modelo de evaluación de la LOMCE”, *Avances en supervisión educativa*, num. 23, Junio 2015.

²³ Vid D. LLAMAZARES, *Educación e ideología*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 154 y ss.

²⁴ La ECI se imparte como una materia independiente en 6 países europeos (Bélgica, Rumania, Estonia, Grecia, Portugal y Suecia), y en otros 16 como parte integrada de otras enseñanzas. En la educación secundaria se oferta como materia independiente en 15 países (República Checa, Eslovaquia, Inglaterra, Estonia, Grecia, Irlanda, Chipre, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Eslovenia, Rumania, Portugal y Suecia), y en la mayoría se imparte, además, como una parte específica y autónoma de otras enseñanzas y/o de forma transversal. Vid. J. MARIEL, “Reflexiones sobre la educación y su relación con la ciudadanía en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 15, 2008, M. STEINBERGER, “Organización y gestión educativa”, *Revista del Fórum Europeo de Administradores de la Educación*, vol. 13, num. 2, 2005, pp. 27-29. A. ESCUDERO, “Los modelos de Educación para la Ciudadanía en Europa”, *Sistema educativo y libertad de conciencia* (coord. por Santiago Catalá

educativo español a las políticas de la Unión Europea conducentes a la consolidación de la cultura democrática, la ciudadanía y de los derechos humanos. El principal exponente de las políticas mencionadas es el proyecto del Consejo de Europa “Educación para la ciudadanía europea”, creado en el 2002 con el objeto de diseñar políticas que favorezcan el incremento cultural y participativo de los ciudadanos europeos en la vida democrática, a través de la educación²⁵.

La LOE incorporó la ECI al currículo escolar con el objeto de: “ofrecer a todos los estudiantes un espacio de reflexión, análisis y estudio acerca de las características fundamentales y el funcionamiento de un régimen democrático, de los principios y derechos establecidos en la Constitución española y en los tratados y las declaraciones universales de los derechos humanos, así como de los valores comunes que constituyen el sustrato de la ciudadanía democrática en un contexto global”²⁶. De acuerdo con este planteamiento, la ECI se configuró como una enseñanza obligatoria, ya que los alumnos encauzarán su vida post-académica de una forma u otra, pero indudablemente todos están llamados a ser y a ejercer de ciudadanos, por lo que el Estado debe responsabilizarse de que éstos adquieran conocimientos básicos y desarrollen aptitudes relacionadas con la ciudadanía y los derechos humanos.

La inclusión de la ECI en el currículo escolar generó un intenso debate social en torno a la obligatoriedad de la enseñanza. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estimó que la actividad educativa del Estado, cuando está referida a los valores éticos comunes, no sólo comprende su difusión y transmisión, también hace lícito fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica; por lo tanto, el tribunal confirmó de esta manera la obligatoriedad de la asignatura, y estableció que no era posible objetar en conciencia a la misma²⁷.

Rubio), 2009, pp. 87-110. P. PARDO, “Laicidad y símbolos en pronunciamientos judiciales”, *Revista jurídica de Castilla y León*, vol. 27, 2012.

²⁵ La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la Educación para la Ciudadanía Democrática, de fecha 16 de octubre de 2002, es precisa al señalar que “la educación para la ciudadanía democrática es esencial para promover una sociedad libre, tolerante y justa y que contribuye a defender los valores y principios de la libertad, el pluralismo, los derechos humanos y el imperio de la ley, que son los fundamentos de la democracia” http://www.coe.int/t/dg4/education/edc/Source/Charter/Charter_brochure_ES.pdf

²⁶ En el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

²⁷ Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009 en contestación al recurso núm. 949/2008, recurso núm. 1013/2008, recurso núm. 948/2008, y recurso núm. 905/2008.

La LOMCE ha anulado la configuración de la ECI como una asignatura del plan de estudios, y le ha devuelto el carácter de enseñanza transversal que tenía antes de la LOE²⁸. En este contexto se aprecia cierta inconsistencia en la redacción del preámbulo de la LOMCE, pues éste reconoce la relevancia de esta enseñanza al señalar que “considera esencial la preparación para la ciudadanía activa y la adquisición de las competencias sociales y cívicas, recogidas en la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006 sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente”; sin embargo, de forma incoherente con este planteamiento, a continuación se ordena la impartición de la ECI de forma transversal de forma que sus contenidos y competencias informen las asignaturas de la educación básica.

En resumen, el legislador de la LOMCE ha interpretado que el mandato constitucional del artículo 27.2 CE se satisface plenamente con la incorporación de los contenidos de la ECI al currículo escolar de forma transversal, y por lo tanto de forma claramente difuminada a lo largo del itinerario escolar. Asimismo, el carácter transversal de la ECI convierte a esta enseñanza en marginal, debido a que el currículum escolar está diseñado en torno a áreas y materias²⁹. El problema de fondo reside en que los alumnos deben superar evaluaciones, tanto respecto a los contenidos concretos de las enseñanzas curriculares, como sobre el grado de adquisición de las competencias y del logro de los objetivos de cada enseñanza y etapa educativa, entre los cuales no figuran los contenidos de la ECI, pues a final de cuentas las evaluaciones versan sobre conocimientos y no sobre actitudes ya que en otro caso las pruebas perderían su carácter objetivo.

3.3. Enseñanza de la religión en la escuela pública

La fundamentación jurídica de la impartición de enseñanza de la religión en la escuela pública se encuentra en el art. II del Acuerdo sobre Educación

²⁸ El recurso a la enseñanza transversal de la ECI venía siendo algo habitual en la legislación educativa hasta la LOE, y fue precisamente el fracaso de la transversalidad la que inspiró la creación de una asignatura específica, que sirviera tanto para implementar el artículo 27.2 CE, como para promover los fines y principios que inspiran el sistema educativo. Vid. Artículo 24 de la LOE en la redacción que le da la LOMCE. Art. 1. Treinta y dos de la LOMCE modificando la redacción de los apartados 2, 3 y 4 y añadiendo un nuevo apartado 7 al artículo 39 de la LOE.

²⁹ J. GIMENO, “La LOMCE ¿una ley más de educación?, cit. p. 42.

y Asuntos Culturales (AEAC), según el cual: “los planes educativos de los niveles de educación preescolar de EGB, BUP y los grados de formación profesional correspondientes a alumnos de las mismas edades, incluirán la enseñanza de la religión católica en todos los centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales”. El modelo de enseñanza de la religión al que se refiere el AEAC no es la enseñanza de la religión como hecho cultural, que consiste en la mera transmisión de conocimientos objetivos sobre lo religioso, sino que se trata de un modelo de enseñanza de la religión confesional que tiene por objeto la transmisión de determinadas convicciones o creencias desde una perspectiva proselitista y parcial, reclamando la adhesión personal de los alumnos a las mismas³⁰.

La enseñanza de la religión con carácter confesional en la escuela pública presenta un difícil encaje constitucional, ya que el art. 16.3 de la CE establece la laicidad del Estado (“ninguna confesión tendrá carácter estatal”), es decir la religión no puede ser ni fin ni objetivo estatal. Asimismo, la impartición de esta enseñanza refleja la incoherencia con la que se ha venido gestionando nuestro sistema educativo, pues, al menos a priori, los padres que eligen la escuela pública para escolarizar a sus hijos, están optando por educarlos en un contexto ideológico y religiosamente neutral; por lo que no tiene sentido que el sistema educativo oferte en estos centros enseñanza de la religión confesional, y menos aún que aquellos que no quieran cursar esa enseñanza amparándose en su derecho a la libertad de conciencia sean sancionados con cursar una enseñanza sustitutoria a lo largo de su itinerario escolar.

Hasta la aprobación de la LOGSE la enseñanza de la religión se configuraba como una materia ordinaria, debiendo los alumnos optar entre dicha enseñanza u otras enseñanzas alternativas, como Ética y Moral, siendo la enseñanza elegida por el alumno evaluada en igual condiciones que el resto de las asignaturas. La aprobación de la LOGSE modificó el marco descrito, debido a la regulación de la enseñanza de la religión operada a través de los

³⁰ De forma coherente con el carácter confesional de la enseñanza, el art. VI del AEAC establece que “A la jerarquía eclesiástica le corresponde señalar los contenidos de la enseñanza y formación religiosa católica, así como proponer los libros de texto y material didáctico relativos a dicha enseñanza y formación”. Vid. M.C. LLAMAZARES, *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de Conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, Civitas, Madrid, 1999, p. 103; L.M. CUBILLAS, *Enseñanza Confesional y Cultura Religiosa*, Secretaría de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1997, p. 37 y ss. J.M. CONTRERAS, “Los acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede: aplicación judicial en España”: *Laicidad y libertades. Escritos Jurídicos*, num. 7, 2007, pp. 141-186.

Reales Decretos 1006/1991 y 1007/1991 de 14 de junio que, con carácter general, estableció que los alumnos debían optar entre la enseñanza de la religión o actividades de estudio orientadas por un profesor que no serían objeto de evaluación. La regulación aludida fue objeto de numerosos recursos ante la jurisdicción contenciosa administrativa, cuya estimación por el Tribunal Supremo supuso la declaración de nulidad de varios de sus artículos³¹.

La necesidad de adaptar la enseñanza de la religión a las sentencias del Tribunal Supremo aludidas, añadida a la de ajustar la enseñanza de la religión a los acuerdos de cooperación firmados entre el Estado español y las confesiones minoritarias en 1992, propició la aprobación del Real Decreto 2438/1994 de 16 de diciembre. La norma mencionada estableció un modelo en virtud del cual: los alumnos que optasen por no recibir enseñanza de la religión debían asistir obligatoriamente y en horario simultáneo a enseñanzas alternativas, que no podían versar sobre las áreas o materias del currículo escolar ni ser evaluadas.

Esta dinámica fue rota por la Ley Orgánica de Calidad de la Educación (LOCE), aprobada en 2002. De acuerdo con la LOCE, los alumnos tenían que optar entre cursar enseñanza de la religión confesional, o bien recibir enseñanza de la religión desde una óptica cultural e histórica. La LOCE creó una asignatura obligatoria y evaluable denominada Sociedad, Cultura y Religión, la cual a su vez comprendía dos opciones, una laica y otra confesional, entre las cuales debían optar los padres de los alumnos. De forma coherente con los contenidos de la enseñanza, el Estado seleccionaba y controlaba los libros de texto, profesorado y material escolar de la opción no confesional, y las confesiones religiosas que tenían firmados acuerdos con el Estado los de la opción confesional³². En otras palabras, la LOCE convirtió a la enseñanza de la religión en evaluable, rompiendo así con la tradición legislativa previa e ignorando la jurisprudencia del Tribunal Supremo a este respecto, sin tener en cuenta que un caso se evalúa la fe y en el otro la transmisión objetiva de conocimientos³³.

En mayo del 2006 la LOCE fue modificada por la LOE, devolviendo a la enseñanza de la religión una formulación más coherente con el marco cons-

³¹ La nulidad afectó a los artículos 7 y 14 del Real Decreto 1006/1991, así como a los artículos 7 y 16 del Real Decreto 1007/1991. Vid. Sentencias de la Sección tercera de la Sala tercera de 9 de junio de 1994 (Recurso número 7300/1992), de 30 de junio de 1994 (Recurso número 1636/1991, de 3 de febrero de 1994 (Recurso número 1635/1991, de 17 de marzo de 1994 (Recurso número 4915/1992), y de 9 de junio de 1994 (Recurso número 7300/1992).

³² Vid. Disposición adicional segunda de la LOCE.

³³ Vid. Vid. STS 5151/94, de 9 de junio, FJ. 7, y STS 5279/94, de 30 de junio, FJ. 5.

titucional. En la LOE la enseñanza de la religión se conformaba como una enseñanza de oferta obligatoria para los centros, pero de carácter voluntario para los alumnos. Los padres podían optar entre que sus hijos recibiesen enseñanza de religión católica, evangélica, judía o musulmana; o bien que no recibiesen enseñanza de la religión, en cuyo caso los alumnos no tenían que cursar una enseñanza alternativa, y los colegios se responsabilizaban de que éstos no fueran desatendidos. La evaluación de la enseñanza de la religión se realizaba en los mismos términos que las demás asignaturas, pero su calificación no computaba en las convocatorias en las que debían entrar en concurrencia los expedientes académicos como, por ejemplo, para obtener becas o pasar de curso³⁴. Por último, la LOE permitía que aquellos alumnos que no quisieran asistir a la enseñanza de la religión pudieran hacer aquello que desearan durante el horario dedicado a esta enseñanza, bajo la tutela de los centros escolares; e incluso en el supuesto de que la enseñanza de la religión se localizase al principio o al final del día escolar éstos podían entrar más tarde al centro o regresar antes a sus domicilios³⁵.

La LOMCE ha modificado el modelo de enseñanza de la religión en la escuela pública, retomando gran parte de las ideas de la LOCE en este terreno, a partir de cuatro parámetros. Primero, en la educación primaria los padres de los alumnos deben elegir que sus hijos cursen Religión o Valores Sociales y Cívicos. Segundo, en la educación secundaria los alumnos deben elegir entre Religión Valores Éticos en la ESO; mientras que en el bachillerato la religión es una de las enseñanzas optativas, incluidas en el catálogo de asignaturas específicas, y de las cuales los alumnos deben elegir un mínimo de dos y máximo de tres en función de la oferta de los centros docentes. Tercero, con la nueva regulación los alumnos podrán cursar tanto la asignatura de religión como su alternativa en la ESO, pues los alumnos podrán elegir una de ellas en primera opción y la alternativa o la religión dentro

³⁴ Disposición Adicional segunda de la LOE.

³⁵ Vid. L.M. CUBILLAS, "La Enseñanza de la Religión en el Sistema educativo y su fundamentación en el Derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos", *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, vol. 2, 2002 pp. 157-219. L.M. CUBILLAS, "Confesionalidad y relación del profesor de religión católica en los centros públicos", en M. Blanco.- B. Castillo.- J. A. Fuentes.- M. Sánchez-Lasheras (coords.), *Escritos de Derecho Eclesiástico y de Derecho Canónico en honor del Profesor Juan Fornés, ius et iura*, Comares, Granada, 2010, pp.285-315. F. DIEZ DE VELASCO, "La enseñanza de las religiones (en plural) en la escuela en España Historia, problemas y perspectivas", *Studi e Materiali di Storia delle Religioni*, 2009, 75/2, pp. 497-534.

del catálogo de enseñanzas optativas³⁶. Y cuarto, la religión y su alternativa son evaluables y su calificación debe tenerse en cuenta a efectos académicos, pero el legislador ha excluido expresamente a la religión y su alternativa de las materias del bloque de asignaturas específicas entre las que los alumnos pueden elegir para realizar la evaluación final de la ESO y del bachillerato³⁷.

Con esta configuración, se da respuesta a una de las peticiones del Consejo de Estado, quien, en su dictamen sobre el anteproyecto de la LOMCE, expuso que “hay que advertir que la proyectada reforma establece como optativa a la “religión” la materia de “valores culturales y sociales”, o “valores éticos”, de modo que su mantenimiento, en su caso, discriminaría a los alumnos que al elegir la primera no cursarán asignatura alguna sobre valores sociales y éticos a lo largo de toda su formación”³⁸.

Al finalizar la ESO y el bachillerato, los alumnos deben realizar una evaluación individualizada con el objeto de comprobar el logro de los objetivos de la etapa y el grado de adquisición de las competencias que acredite su nivel de conocimientos. En este contexto, los alumnos deben examinarse de diversas asignaturas de forma obligatoria y elegir una materia del bloque de asignaturas específicas para examinarse. Los alumnos de la ESO tienen que elegir una materia del bloque de asignaturas específicas cursada en cualquiera de los cursos, que no sea educación física, religión, o valores éticos³⁹; y en

³⁶ Art. 16 de la LOMCE modificando el artículo 25 LOE. Art. 25 de la LOMCE añadiendo el artículo 34 bis a la LOE. Artículo 26 LOMCE añadiendo un nuevo artículo 34 ter LOE. El alumno, en el caso de que sus padres lo soliciten, podrá cursar la enseñanza alternativa de forma adicional “en función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes, un mínimo de una y, máximo de cuatro, de las siguientes materias del bloque de asignaturas específicas, que podrán ser diferentes en cada uno de los cursos” Vid. art. 15 de la LOMCE modificando el artículo 24 LOE. Art. 9 de la LOMCE modificando el artículo 18 LOE.

³⁷ Esta posibilidad se deduce de la redacción de la LOMCE, cuando señala que “La determinación del currículo y de los estándares de aprendizaje evaluables que permitan la comprobación del logro de los objetivos y adquisición de las competencias correspondientes a la asignatura Religión será competencia de las respectivas autoridades religiosas. Las decisiones sobre utilización de libros de texto y materiales didácticos y, en su caso, la supervisión y aprobación de los mismos corresponden a las autoridades religiosas respectivas, de conformidad con lo establecido en los Acuerdos suscritos con el Estado español”. Art. 91 LOMCE dando una nueva redacción a la Disposición adicional segunda de la LOE.

³⁸ El texto completo del dictamen se encuentra en <http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/participacion-publica/lomce/20130426-dictamen-consejo-estado.pdf>.

³⁹ Artículo 20 de la LOEMCE modificando el art. 29 de la LOE.

el caso del bachillerato podrán elegir una materia del bloque de asignaturas específicas cursada en cualquiera de los cursos, que no sea educación física o religión⁴⁰.

4. RÉGIMEN DE CONCIERTOS

4.1. Libertad de enseñanza y criterio de demanda social

De acuerdo con el mandato constitucional contenido en el artículo 27 CE, los poderes públicos tienen la obligación de garantizar a todos los individuos el acceso a la educación en igualdad de oportunidades, con independencia de cuál sea su origen económico y social⁴¹. Con este objetivo, el legislador ha diseñado un modelo de servicio público educativo que puede ser prestado tanto por centros públicos como privados concertados⁴², en la medida en la que éstos orienten su actividad a la consecución de los principios y fines que inspiran el sistema educativo, y en consecuencia realicen una escolarización sin exclusiones. De no ser así, la financiación pública de la enseñanza privada podría fomentar, si bien indirectamente, un modelo soportado en la diferenciación económica, social y cultural de los discentes atendiendo a la escuela, pública o concertada, a la que éstos asistan⁴³.

Desde esta perspectiva, la principal diferencia entre las escuelas públicas y las privadas concertadas debería de ser, además de su diferente titularidad, que las segundas pueden tener un ideario o proyecto educativo inspirado en unos concretos principios ideológicos o religiosos. Sin embargo, las estadísticas del Ministerio de Educación y Ciencia de principios de siglo indican que, además del ideario y la titularidad, también era factible diferenciar entre las escuelas públicas y privadas concertadas atendiendo al origen de su alumnado. Por ejemplo, en el curso escolar 2003/04 la escuela pública escolarizó al 80,7% de los alumnos de origen inmigrante en la educación infantil, al 81,4%

⁴⁰ Artículo 29 LOMCE añadiendo un nuevo artículo 36 bis a la LOE.

⁴¹ J.L. BERNAL, J. LORENZO, "La privatización de la educación pública. Una tendencia en España: un camino encubierto hacia la desigualdad", *Profesorado: Revista de currículo y formación del profesorado*, Vol. 16, N° 3, 2012, p. 106.

⁴² Artículo 108 LOE.

⁴³ Vid. LETURIA, "El Derecho a la educación en España, cit. p. 196. C., RODRÍGUEZ, "La enseñanza como servicio público", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, (Ejemplar dedicado a: Servicios públicos, privatizaciones y liberalizaciones en la Unión Europea), N°7-2° semestre 2004, pp. 285-311.

en la educación primaria, al 79,3% en la ESO, al 84,9% en el bachillerato y al 76,8% en la formación profesional. Los datos estadísticos son muy preocupantes, especialmente porque en algunas Comunidades Autónomas los porcentajes de alumnos extranjeros escolarizados en la escuela pública rozaban el 90% del total del alumnado en aquel momento⁴⁴.

Esta situación se explica, según Calero, por la conjunción de diferentes factores, entre los que destacan: el hecho de que los centros concertados suelen localizarse en barrios o zonas geográficas con elevados niveles de renta; la oferta de servicios complementarios, como el comedor escolar o las actividades extraescolares, a un precio muy superior al de la oferta escolar pública; o debido a “procesos irregulares en el acceso, por lo que, muy a menudo, los centros consiguen evitar el acceso de niños de familias de rentas bajas”⁴⁵. En esta línea, Fernández Llera y Muñoz Pérez han señalado que la elección de los centros concertados no obedece a razones de carácter ideológico, sino a lo que califican como un círculo vicioso donde “las familias buscan los mejores compañeros para sus hijos; los colegios concertados ofrecen compañeros de mejores características socioeconómicas que los de los centros públicos; ante tal diferencia, las familias prefieren entonces en mayor medida los centros concertados; ante el exceso de demanda, las escuelas concertadas consiguen quedarse con los solicitantes con mejores características. Y así sucesivamente, prolongando (cuando no aumentando) en el tiempo los procesos de segregación social inherentes a esta situación, con los costes obvios en pérdida de equidad y de igualdad de oportunidades en nuestro sistema educativo”⁴⁶.

Las consecuencias de la escolarización segregada de alumnos nacionales y extranjeros son muy negativas. Por una parte, se generan situaciones de conflicto social, que obstaculizan la actual y futura integración de los alumnos de origen inmigrante. Y por otra, la escolarización de los alumnos extranjeros casi exclusivamente en las escuelas públicas incide negativamente en la calidad de la educación que éstas imparten, ya que supone la localización en el mismo aula de un porcentaje muy elevado de alumnos de diferentes

⁴⁴ Datos tomados de J. CALERO, *La equidad en educación. Informe analítico del sistema educativo español*, Centro de Investigación y documentación educativa del MEC, Madrid, 2006. J. RODRÍGUEZ, “La crisis económica. Una oportunidad para la laicidad”, *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*. vol. 12 (I), 2012, pp. 299-341.

⁴⁵ J. CALERO, *La equidad en educación*, cit. p. 55.

⁴⁶ R. FERNÁNDEZ LLERA, M. MUÑOZ PÉREZ, “Colegios concertados y selección de escuela en España: un círculo vicioso”, *Presupuesto y Gasto Público*, num. 67, 2012, pp. (97-118), 115.

tradiciones culturales y lingüísticas, lo cual repercute inevitablemente en la dinámica de aprendizaje del resto de sus compañeros de grupo escolar.

La LOE intentó crear un sistema que equilibrara la escolarización de alumnos nacionales e inmigrantes, y eliminase las barreras que favorecían la segregación de los alumnos por motivos sociales y/o económicos. Con este objetivo, la LOE ordenó que fueran los padres (y no los centros) los que eligieran la escuela a la que asistieran sus hijos. La elección de centro compromete a los padres a respetar su proyecto educativo, pero la norma prohibió expresamente que los alumnos pudieran ser discriminados en este proceso por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social⁴⁷. Para conseguir el equilibrio en la admisión de alumnos, la LOE ordenó a las administraciones educativas que vigilaran que los centros educativos financiados con fondos públicos, y localizados en una misma zona geográfica, utilizaran los mismos criterios de admisión. Asimismo, la norma impidió la posible discriminación por motivos socioeconómicos, pues prohibió expresamente que los centros financiados con fondos públicos pudieran percibir cuotas de las familias por recibir las enseñanzas de carácter gratuito, o imponer a las familias la obligación de hacer aportaciones a fundaciones o asociaciones, o cobrar a las familias servicios obligatorios asociados a las enseñanzas⁴⁸.

El régimen de concertos ha sido objeto de una profunda revisión en la LOMCE, reforzando el derecho de los padres a elegir los centros educativos en los que quieren escolarizar a sus hijos. Tal y como señala el preámbulo de la norma: “la realidad familiar en general, y en particular en el ámbito de su relación con la educación, está experimentando profundos cambios. Son necesarios canales y hábitos que nos permitan restaurar el equilibrio y la fortaleza de las relaciones entre alumnos y alumnas, familias y escuelas.

⁴⁷ Vid. Artículos 84. 2, 84.3 y 86 LOE.

⁴⁸ Según el artículo 88.1 de la LOE: “Para garantizar la posibilidad de escolarizar a todos los alumnos sin discriminación por motivos socioeconómicos, en ningún caso podrán los centros públicos o privados concertados percibir cantidades de las familias por recibir las enseñanzas de carácter gratuito, imponer a las familias la obligación de hacer aportaciones a fundaciones o asociaciones ni establecer servicios obligatorios, asociados a las enseñanzas, que requieran aportación económica, por parte de las familias de los alumnos. En el marco de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, quedan excluidas de esta categoría las actividades extraescolares, las complementarias, y los servicios escolares, que, en todo caso, tendrán carácter voluntario. 2. Las Administraciones educativas dotarán a los centros de los recursos necesarios para hacer posible la gratuidad de las enseñanzas de carácter gratuito”.

Las familias son las primeras responsables de la educación de sus hijos y por ello el sistema educativo tiene que contar con la familia y confiar en sus decisiones". De forma coherente con este planteamiento, la LOMCE incorpora dos nuevos principios que inspiran el sistema educativo: la concesión de mayor protagonismo a los padres, madres y tutores legales en la educación de sus hijos, y el reconocimiento expreso del derecho de los padres, madres y tutores legales a elegir el tipo de educación y el centro en el que quieren escolarizar a sus hijos⁴⁹.

Tradicionalmente, una de las claves de nuestro modelo educativo ha sido la existencia de cierto equilibrio entre la oferta de plazas de las escuelas públicas y privadas⁵⁰. La LOMCE ha roto con este principio, al señalar que: "las Administraciones educativas programarán la oferta educativa de las enseñanzas que en esta Ley se declaran gratuitas, teniendo en cuenta la programación general de la enseñanza, las consignaciones presupuestarias existentes y el principio de economía y eficiencia en el uso de los recursos públicos y, como garantía de la calidad de la enseñanza, una adecuada y equilibrada escolarización de los alumnos y alumnas con necesidad específica de apoyo educativo, tomando en consideración la oferta existente de centros públicos y privados concertados y la demanda social. Asimismo, las Administraciones educativas garantizarán la existencia de plazas suficientes"⁵¹.

El nuevo modelo de programación de la red de centros, por una parte, incorpora el principio de demanda social, que puede ser utilizado por las administraciones educativas para, por ejemplo, cerrar o no abrir nuevas escuelas públicas y concertar nuevos centros privados; y por otra, elimina la garantía contenida en la LOE de que existan suficientes plazas en las escuelas públicas (y muy especialmente en las zonas de nueva población). La LOMCE ha revertido el modelo de la LOE al proponer un modelo educativo en el cual la actuación de los poderes públicos, y en consecuencia de la escuela pública, es subsidiaria respecto de la enseñanza privada.

Asimismo, para dotar de una mayor eficacia a la libertad de enseñanza, la LOMCE incorpora la posibilidad de que "las Administraciones educativas

⁴⁹ Vid. artículo 1.1 LOMCE modificando el art. 1 LOE para incluir los principios h bis) y q).

⁵⁰ LETURIA, "El Derecho a la educación en España, cit. p. 176.

⁵¹ La LOE decía que "las Administraciones educativas garantizarán la existencia de plazas públicas suficientes especialmente en las zonas de nueva población" (Modificación operada en el artículo 109 de la LOE, a través del artículo 1.68 LOMCE). Vid. LETURIA, "El Derecho a la educación en España, cit., p. 175. J. RODRÍGUEZ GARCÍA, "La crisis económica. Una oportunidad para la laicidad, cit., p. 323.

puedan convocar concursos públicos para la construcción y gestión de centros concertados sobre suelo público dotacional”⁵². Esta disposición presenta un elevado nivel de inseguridad jurídica, ya que permite a las administraciones educativas una gran discrecionalidad a la hora de decidir cómo gestionar el suelo público dotacional, que es aquel destinado por los planes generales de urbanismo a usos públicos (colegios, parques, jardines, calles o análogos), así como para promover la construcción de centros de titularidad pública o privada.

Pese a las disposiciones de la LOE en este sentido, las estadísticas sobre la distribución del alumnado extranjero atendiendo a la titularidad/financiación del centro no han mejorado, y contradicen la teórica labor de integración social que se atribuye a la escuelas privadas financiadas con fondos públicos. Los datos más significativos en este terreno, debido al elevado porcentaje de población de origen extranjero que presentaban durante el curso 2011/12, son los de Madrid y Cataluña, ya que en estas Comunidades Autónomas sólo asistían a centros concertados el 16 y el 14 % de la población estudiantil extranjera respectivamente⁵³. En otras palabras, pese a que la foto educativa de nuestro modelo escolar era muy preocupante antes de la entrada en vigor de la LOE, y a que estamos ante uno de los principales retos que está llamada a resolver nuestra sociedad, el legislador no ha creído conveniente incluir en la LOMCE ninguna medida que pueda revertir esta situación; toda vez que la articulación del modelo escolar a partir del criterio de demanda social probablemente agrave esta situación.

4.2. Financiación de los centros de titularidad privada. El caso de la educación diferenciada

La posibilidad de que el Estado financie a los centros de titularidad privada se recoge en el artículo 27. 9 CE, que ordena a los poderes públicos ayudar a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.

⁵² Vid. art. 1.61 LOEMCE modificando el artículo 116 LOE.

⁵³ Respecto al proceso de admisión del alumnado, uno de los principales problemas que presentan las estadísticas del Ministerio de Educación, es la evolución del alumnado extranjero y su posterior distribución entre la escuela pública y la privada concertada. Vid. Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, Datos y cifras, Curso escolar 2013/2014, pp. 6, 8, 9 y 10. Los datos estadísticos están disponibles en http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/educacion/indicadores-publicaciones-sintesis/datos-cifras/Datos-y-Cifras-2013-2014-LR/Datos%20y%20Cifras%202013-2014_final.pdf

Esta porción del texto constitucional fue el resultado del consenso de los grupos parlamentarios y de posiciones políticas incompatibles en el terreno político, que pueden reconducirse a una derecha preocupada por conseguir un sistema educativo de gestión privada pero financiado por el Estado, y a una izquierda que propuso que el principal protagonista del sistema educativo fueran los centros públicos⁵⁴.

La interpretación del alcance y contenido del artículo 27.9 CE no ha sido pacífica, ya que no está claro en qué medida los poderes públicos están obligados a ayudar a las escuelas privadas, o cuál debe ser el alcance y contenido de dicha ayuda⁵⁵. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este particular, estableciendo que el mandato contenido en el artículo 27.9 CE no puede interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede absolutamente en manos del legislador la posibilidad de subvencionar o no a los centros privados, “ahora bien, tampoco puede aceptarse el otro extremo, esto es, el afirmar, como hacen los recurrentes, que del art. 27.9 de la C.E. se desprende un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes solo por el hecho de serlo [...] pues la remisión a la Ley que se efectúa en el art. 27.9 de la C.E. puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales. Ejemplos de éstos podrían ser el mandato de gratuidad de la enseñanza básica (art. 27.4 de la C.E.), la promoción por parte de los poderes públicos de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (arts. 1 y 9 de la C.E.) o la distribución más equitativa de la renta regional y personal (art. 40.1 de la C.E.). El legislador se encuentra ante la necesidad de conjugar no sólo diversos valores y mandatos constitucionales entre sí, sino también tales mandatos con la insoslayable limitación de los recursos disponibles. Todo ello, desde luego, dentro de los límites que la Constitución establece”⁵⁶.

⁵⁴ Vid. D. LLAMAZARES, *Derecho de la libertad de conciencia II*, cit. p. 97.

⁵⁵ Vid. Sentencias 77/1985 de 27 Junio de 1985 y 86/1985 del Tribunal Constitucional, de 10 de Julio de 1985. La normativa reguladora de los conciertos educativos está contenida en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación; en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, modificada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, y el Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos. El mencionado Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, establece las normas y el procedimiento para realizar la suscripción de los conciertos, así como para su renovación y modificación de oficio o a instancia de parte.

⁵⁶ Sentencia 77/1985 de 27 Junio de 1985 F.J. 11º.

Respecto a la libertad del legislador para diseñar el modelo educativo financiado por los poderes públicos y, en consecuencia, para concretar los supuestos en los que los centros de titularidad privada pueden recibir ayudas públicas, el Tribunal Constitucional ha señalado que “el art. 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra, sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública. Esta, materializada en la técnica subvencional o, de otro modo, habrá de ser dispuesta por la Ley, exigencia que, como antes decimos, invocada en la vista por la defensa de los demandados, no fue argüida en el recurso contencioso-administrativo ni tomada en cuenta por el Tribunal *a quo*. Ley de la que nacerá, con los requisitos y condiciones que en la misma se establezcan, la posibilidad de instar dichas ayudas y el correlativo deber de las administraciones públicas de dispensarlas, según la previsión normativa”⁵⁷.

De esta manera, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la educación “no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera centros privados, porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionadamente, allá donde vayan las preferencias individuales”⁵⁸; toda vez que ha dejado en manos del legislador la concreción de los supuestos en los que las administraciones deben subvencionar a las escuelas de titularidad privada.

Hasta la aprobación de la LOE, la libertad del legislador en este terreno se ha traducido en que, la financiación con fondos públicos de las escuelas de titularidad privada que optasen por el modelo de educación diferenciada fuera factible, al menos en la medida en la que el ordenamiento jurídico no prohibía esta posibilidad. La LOE prohibió expresamente la posibilidad de que los poderes públicos realizasen conciertos educativos con escuelas que discriminasen entre sus alumnos por razón de sexo, al establecer de forma precisa que: “en ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”⁵⁹.

La LOMCE ha revertido completamente el modelo propuesto en la LOE al establecer que: “en ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. No constituye discriminación la admisión de alumnos y

⁵⁷ Sentencia 86/1985 del Tribunal Constitucional, de 10 de Julio de 1985 F.J. 3º.

⁵⁸ Sentencia 86/1985 del Tribunal Constitucional, de 10 de Julio de 1985 F.J. 4º.

⁵⁹ Vid. Preámbulo de la LOE, arts. 23 c) y 84.3 de la LOE).

alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960. En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir concertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad”⁶⁰.

Respecto a los centros privados que perdieron sus concertos debido a las disposiciones de la LOE en este contexto, la Disposición transitoria segunda de la LOMCE señala que “los centros privados a los que en 2013 se les haya denegado la renovación del concierto educativo o reducido las unidades escolares concertadas por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos podrán solicitar que se les aplique lo indicado en el artículo 84.3 de esta Ley Orgánica para el resto del actual periodo de concertos en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor”.

4.3. Participación y gestión de los centros escolares

La participación en la acción educativa es uno de los principios del sistema educativo tal y como se desprende del artículo 27. 7 CE, que señala que “los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca”⁶¹. De acuerdo con el mandato constitucional, la totalidad de los integrantes de la comunidad educativa tiene derecho a formar parte del órgano de gobierno de los centros escolares, y en consecuencia a participar en la adopción de decisiones. Como ha señalado Llamazares, “la participación es una exigencia interna de la propia actividad educativa y condición *sine qua non* del progresivo incremen-

⁶⁰ Artículo 1.61 LOMCE ordenando una nueva redacción del apartado 3 del artículo 84 de la LOE.

⁶¹ La Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE), ha desarrollado este principio, garantizando el derecho de los padres a participar en la organización, funcionamiento, gobierno y evaluación de los centros educativos en los que se escolaricen sus hijos. Vid. 4.1.f LOE.

to de su calidad. La actividad educativa alcanzará sus objetivos o se alejará de ellos en la medida en que sea más o menos participada, en la medida en la que tomen parte activa en ella todos sus protagonistas, especialmente los profesores, padres y alumnos que constituyen la comunidad escolar y, en general, todos los sectores implicados”⁶².

La redacción constitucional es precisa, y se refiere a todos los centros sostenidos con fondos públicos, con independencia de que su titularidad sea pública o privada. Los centros privados son libres para realizar conciertos económicos con la administración, pero la ayuda económica está condicionada, de acuerdo con el 27.9 CE, a que los centros privados cumplan determinados requisitos, entre los que se incluye la participación de los diferentes actores educativos en su gestión. En consecuencia, a mayor financiación de los centros privados menor autonomía y viceversa⁶³.

Con el objeto de mejorar la calidad del sistema educativo, la LOMCE ha establecido una serie de medidas conducentes a modificar la gestión de los centros escolares, a partir de los siguientes principios: los centros deben tender hacia la especialización para que su oferta sea competitiva y diferenciada; se establece un modelo de rendición de cuentas medido a través de los resultados académicos de los alumnos; y se propone un sistema directivo flexible que prima al individuo (Director) sobre las decisiones colegiadas (Consejo Escolar)⁶⁴.

En el caso de la escuela pública, la LOMCE ha diseñado un modelo de gestión de carácter gerencial en el cual los Consejos Escolares pierden protagonismo como órganos de gobierno (se conforman como órganos asesores) a favor de la figura del Director, que adquiere competencias muy relevantes en el contexto de los recursos humanos, el proceso de admisión de alumnos, la obtención de recursos económicos complementarios y la colaboración con las administraciones públicas⁶⁵.

⁶² D. LLAMAZARES, *Derecho de la libertad de conciencia II*, cit., p. 171.

⁶³ Vid. Sentencias 77/1985 de 27 Junio de 1985 y 86/1985 del Tribunal Constitucional, de 10 de Julio de 1985.

⁶⁴ Vid. E.J. DÍEZ, “La comercialización de la educación”, *Témpera: Revista de historia y sociología de la educación*, num. 16, 2013, p. 66.

⁶⁵ Según el artículo 1.81, que modifica el artículo 132 de la LOE, al Director le corresponde: l) Aprobar los proyectos y las normas a los que se refiere el capítulo II del título V de la presente Ley Orgánica. m) Aprobar la programación general anual del centro, sin perjuicio de las competencias del Claustro del profesorado, en relación con la planificación y organización docente. n) Decidir sobre la admisión de alumnos y alumnas, con sujeción a lo establecido

La selección del Director se realizaba en la LOE mediante una comisión constituida por representantes de la Administración educativa y del centro correspondiente, en la cual al menos un tercio de los miembros de la comisión era profesorado elegido por el Claustro y otro tercio era elegido por y entre los miembros del Consejo Escolar que no fueran profesores⁶⁶. La LOMCE ordena que la selección se realice por una comisión constituida por representantes de las Administraciones educativas y representantes del centro correspondiente en una proporción mayor del treinta y menor del cincuenta por ciento, y de los cuales al menos el cincuenta por ciento lo serán del Claustro del profesorado del centro⁶⁷.

El Consejo Escolar de los centros privados concertados, al igual que ocurre con la escuela pública, ha perdido las competencias más relevantes relacionadas con la gestión a favor del Director⁶⁸. En este sentido, destaca el papel del Consejo en el proceso de selección del profesorado, pues antes de la reforma éste designaba una comisión de selección integrada por el Director, dos profesores y dos padres de los alumnos; en el modelo actual el titular del centro y el Director realizan directamente la selección del personal, de acuerdo con los criterios de selección que establezca el Consejo Escolar del centro⁶⁹.

El nombramiento del Director de los centros privados concertados exigía el acuerdo entre el titular del centro y el Consejo Escolar en la LOE, y en caso

en esta Ley Orgánica y disposiciones que la desarrollen. ñ) Aprobar la obtención de recursos complementarios de acuerdo con lo establecido en el artículo 122.3. o) Fijar las directrices para la colaboración, con fines educativos y culturales, con las Administraciones locales, con otros centros, entidades y organismos.

⁶⁶ Vid. artículo 133 de la LOE antes de su modificación por la LOMCE. LETURIA, "El Derecho a la educación en España, cit. p. 194. En la misma línea Vid. A. BOLÍVAR, "¿Cómo incide la LOMCE en la organización de los centros?", *Forum Aragón: revista digital de FEAE-Aragón sobre organización y gestión educativa*, num. 7, 2013, p. 11.

⁶⁷ Vid. artículo 1.84 LOMCE que modifica el artículo 135 de la LOE. Artículos 1. 82, 1. 83, 1. 84 y 1.85 de la LOMCE dando una nueva redacción a los artículos 133, 134, 135 y 136 de la LOE

⁶⁸ Vid. Disposición final segunda, modificando el apartado 1 del artículo 56 de la LODE, que queda redactado de la siguiente manera: "1.El Consejo Escolar de los centros privados concertados estará constituido por: a) El Director. b) Tres representantes del titular del centro. c) Cuatro representantes del profesorado. d) Cuatro representantes de los padres, madres o tutores legales de los alumnos y alumnas, elegidos por y entre ellos. e) Dos representantes de los alumnos y alumnas, elegidos por y entre ellos, a partir del primer curso de Educación Secundaria Obligatoria. f) Un representante del personal de administración y servicios".

⁶⁹ Vid. artículos 60 LODE y LOMCE, y Disposición final segunda de la LOMCE, que modifica diversos artículos y suprime la disposición adicional primera de la LODE.

de desacuerdo el Consejo elegía al Director entre una terna propuesta por el titular; en la LOMCE el Director es nombrado por el titular, previo informe elaborado por la mayoría de los miembros asistentes del Consejo Escolar del centro, y puede ser destituido por el titular cuando concurren “razones justificadas de las que dará cuenta al Consejo Escolar del centro”. Queda clara la preeminencia del titular sobre el Consejo Escolar, y el papel secundario que la reforma educativa concede al segundo.

Hasta la LOMCE la autonomía de las escuelas privadas era proporcional a su modelo de financiación, de forma que a mayor financiación pública la capacidad para autogobernarse autónomamente era más limitada y viceversa. La LOMCE ha eliminado gran parte de las contraprestaciones que tenían que cumplir las escuelas privadas para ser objeto de concierto, y especialmente las derivadas de la necesaria participación activa de los miembros de la comunidad escolar en su gestión⁷⁰. Ahora bien, y aquí radica una de las peculiaridades de la reforma, la LOMCE no ha liberalizado la gestión de la escuela privada manteniendo un modelo de participación activa de la comunidad escolar en la escuela pública. Por el contrario, la reforma mantiene el paralelismo entre el sector público y privado, en el caso de la escuela pública incrementando el papel de la Administración en el control y en la dirección de los centros, y en el de la escuela privada favoreciendo a los titulares de los centros.

En este contexto se localizan algunas de las principales incongruencias de la reforma educativa, pues ésta propone reforzar el papel de las familias y su participación en el modelo educativo mediante la elección de centro; pero la participación de las familias en la gestión de los centros se minimiza en la medida en la que se reduce el protagonismo del Consejo Escolar en el gobierno de los centros.

⁷⁰ Desde esta perspectiva, se ha señalado que “por lo tanto, la financiación de los centros concertados representa una forma de privatización explícita y visible, donde el dinero público sirve para financiar un centro totalmente privado, que dispone de unas reglas de juego similares en teoría a los centros públicos (elección de centro por los padres, órganos de gestión...), pero en la práctica son totalmente diferentes. La dirección, la elección de los alumnos como justificaremos en otro apartado, la elección de su profesorado, el horario del centro, etc. van a formar parte de la responsabilidad del titular del centro que va a tener poder para tomar aquellas decisiones. La privatización de la educación pública que le parezcan oportunas, sin olvidar que en la mayoría de las ocasiones el titular es una entidad religiosa”. J.L. BERNAL, J. LORENZO, “La privatización de la educación pública. Una tendencia en España: un camino encubierto hacia la desigualdad, cit., p. 88. En la misma línea Vid. A. BOLÍVAR, “¿Cómo incide la LOMCE en la organización de los centros?, cit. p. 10.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Como hemos podido ver, con el pretexto de mejorar la calidad, la excelencia y la competitividad del modelo educativo, la LOMCE ha modificado una parte relevante de las disposiciones de la LOE realizando de esta manera una reforma de enorme calado. La LOMCE ilustra la ausencia de estabilidad legislativa y los vaivenes a los que los diferentes legisladores que se han sucedido en democracia han sometido a nuestro modelo educativo, y cómo la educación, entendida como servicio público esencial, se ha ido conformando en función de intereses políticos e ideológicos que deberían estar ausentes de este tipo de debates.

La reforma educativa apuesta por un modelo economicista, tal y como se aprecia en las modificaciones operadas en el currículo escolar (relegando a un plano casi testimonial a la enseñanza artística y a la filosofía), y en el papel que concede a la formación profesional en el nuevo sistema educativo; destacando el hecho de que el rendimiento escolar se convierte en un factor determinante para encauzar el futuro académico de los alumnos hacia la formación profesional básica, de grado medio o superior.

La LOMCE ha anulado las disposiciones de la LOE en el terreno de la enseñanza de la religión y la ECI, recuperando gran parte del espíritu y las disposiciones de la LOCE. La asignatura de religión, pese a tratarse de una enseñanza de carácter confesional, ha pasado a configurarse como una enseñanza evaluable cuya calificación tiene consecuencias en la vida académica de los alumnos, y se ha vuelto a incorporar al currículo una enseñanza alternativa con la que se penaliza a los que no quieran cursar la clase de religión en la educación primaria. Por su parte, la ECI ha dejado de ser una asignatura del plan de estudios para convertirse en una materia que se enseña de forma transversal, y en todo caso sin personalidad propia y/o autónoma en el plan de estudios. La regulación de la ECI nos aleja de la dinámica educativa de los países de nuestro entorno, ignora tanto el mandato del 27.2 CE como las recomendaciones del Parlamento y del Consejo de Europa en este terreno, y relega algo tan relevante como es aprender a ser ciudadano a una enseñanza transversal.

Respecto a la libertad de enseñanza, una de las principales características de la reforma es la defensa y potenciación del derecho de los padres a elegir el tipo de educación y el centro en el que quieren escolarizar sus hijos. Con este objeto, el modelo de programación de la red de centros incorpora

el principio de demanda social, y elimina la garantía contenida en la LOE de que existan suficientes plazas en las escuelas públicas. Asimismo, para dotar de una mayor eficacia a la libertad de enseñanza, la LOMCE permite a las administraciones educativas convocar concursos públicos para la construcción y gestión de centros concertados sobre suelo público dotacional.

En otras palabras, en el caso de que los padres no demanden plazas en la escuela pública, que de acuerdo con las estadísticas escolariza a la mayoría de la población de origen inmigrante, las administraciones educativas deberán satisfacer los deseos de los padres, y consecuentemente cerrar escuelas públicas y concertar nuevos centros privados. De forma complementaria, los municipios pueden decidir con relativa discrecionalidad la cesión de suelo para la construcción de centros privados, que posteriormente serán objeto de concierto.

Un factor adicional a tener en cuenta en este contexto, reside en el nuevo modelo de gestión de los centros escolares que prevé la LOMCE, el cual reduce las competencias del Consejo escolar y aumenta correlativamente las del Director, en cuyo nombramiento la decisión del titular del centro es capital. La eliminación de una parte de las contraprestaciones que tenían que aceptar las escuelas privadas para ser objeto de concierto, y especialmente las derivadas de la necesaria participación activa de los miembros de la comunidad escolar en su gestión, es un claro incentivo para que los centros privados que antaño eran reacios a ser objeto de concierto por temor a perder su autonomía se replanteen su posición en el sistema educativo.

La LOMCE ha abandonado el sistema de conciertos entendido como un mecanismo complementario a la educación pública, abriendo la puerta a una posible privatización del sistema educativo en el cual la iniciativa privada tenga el carácter principal y la escuela pública el consecuente carácter subsidiario. El ejercicio desmedido de la libertad de enseñanza (y su correlativa financiación por los poderes públicos) podría provocar que en el largo plazo la escuela pública sea marginal, pese a que, tal y como indican de forma rotunda las estadísticas sobre escolarización atendiendo al origen del alumnado, la enseñanza privada concertada contribuye de forma meramente testimonial, y desde luego en menor medida que la pública, a la escolarización de los colectivos más desfavorecidos.

Por otra parte, dado que la mayoría de las escuelas privadas concertadas son religiosas, de forma paralela a la potencial privatización del modelo de escuela pública, laica e ideológicamente pluralista, se produciría el fenóme-

no de la confesionalización del sistema educativo. Desde esta perspectiva, la LOMCE supone una seria amenaza tanto para el Derecho a la educación garantizado en el primer inciso del 27.1 CE, como para el principio de laicidad del Estado que proclama el 16.3 CE.

Un último argumento contrario al ejercicio sin límites del derecho de los padres a elegir los centros en los que escolarizar a sus hijos y a que el Estado financie esa elección, es que esta decisión puede suponer dejar en manos de la iniciativa privada la prestación de un servicio público esencial, así como ceder el control de uno de los sectores estratégicos más importante que tienen a su disposición los poderes públicos para remover los obstáculos que impiden la plena integración de sus ciudadanos en la sociedad.

En resumen, aunque todavía es muy pronto para conocer el alcance y contenido real que está llamada a tener la última reforma educativa, queda claro que estamos ante una profunda modificación de las reglas que tradicionalmente han guiado el desarrollo de los derechos a la educación y a la libertad de enseñanza, y que pueden haberse puesto los cimientos para privatizar el sistema educativo público.

OSCAR CELADOR ANGÓN
Área de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe Madrid
e-mail:oscar.celador@uc3m.es

DEMOCRACIA, VIRTUD CÍVICA Y DERECHOS SOCIALES

DEMOCRACY, CIVIC VIRTUE AND SOCIAL RIGHTS

RAMÓN RUIZ RUIZ
Universidad de Jaén

Fecha de recepción: 23-11-15

Fecha de aceptación: 15-3-16

Resumen: *Existe un estrecho vínculo entre la democracia, la virtud cívica y los derechos sociales. El disfrute de estos posibilitará a los ciudadanos implicarse activamente en la cosa pública y comprometerse con el futuro de su comunidad. Lo que a su vez favorecerá la construcción de una genuina democracia, en la que los ciudadanos gocen de una oportunidad real de influir en las decisiones de los poderes públicos, gracias a lo cual será más probable que estas se encaminen a satisfacer el bien común, el bien de todos.*

Abstract: *There is a close link between democracy, civic virtue and social rights. These rights will encourage citizens to become actively involved in public affairs and to commit to the future of their community. This in turn will enable the construction of a genuine democracy, in which citizens have a real opportunity to influence decisions of public authorities, and as a result these decisions may satisfy the common good –the good of all–.*

Palabras clave: democracia, virtud cívica, derechos sociales, igualdad, ciudadanía
Keywords: democracy, civic virtue, social rights, equality, citizenship

1. INTRODUCCIÓN

Parece demostrado que el desarrollo y el crecimiento económico no solo favorecen el establecimiento de la democracia sino que también contribuyen a su conservación, dado que el incremento de los recursos económicos de los ciudadanos se correlaciona con un incremento de su competencia cívica¹. No

¹ Vid. J. VILAS NOGUEIRA, “Bienestar individual, legitimidad, democracia y desafección política: una discusión tentativa” en R. MÁIZ (ed.), *Europa Mundi. Construcción de*

obstante, es necesario que estos recursos estén bien distribuidos para cumplir tal fin.

Ante todo, porque así se favorece el sentimiento de formar parte de la comunidad. Pero, además, porque disponer de unos recursos mínimos garantizados favorece la participación de unos ciudadanos que se ven liberados, al menos en parte, de una constante lucha por la supervivencia, otorgándoles el tiempo y la tranquilidad necesaria para involucrarse en los asuntos públicos –pues no cabe duda, como señala Honohan, de que quien no tiene lo mínimo para vivir dignamente, quien no tiene trabajo, quien no tiene seguridad en su empleo o quien está pluriempleado se encontrará en una seria desventaja en la vida política²-. Y, en fin, porque esta seguridad económica posibilita también la independencia y la autonomía de juicio para la correcta formación de las preferencias, toda vez que la igualdad en la deliberación y la capacidad de juicio entre distintas alternativas es socavada por la ausencia de recursos y competencias (por ejemplo, una adecuada formación).

En definitiva, parece acertada la rotunda afirmación de Sotelo³ de que democracia y Estado social dependen la una del otro. Por un lado, porque mientras los pueblos puedan votar libremente tratarán de desbancar del poder a los gobiernos que promuevan el desmontaje del Estado social. Por otro, porque el debilitamiento del Estado social –esto es, si no se les garantiza a los ciudadanos las capacidades y los recursos básicos para participar, como miembros independientes de las sociedad, tales como la educación, los derechos laborales, etc.- comporta una mayor fragilidad de la democracia, al menos de una genuina democracia.

Y también parece fuera de duda la relación entre Estado social y virtud cívica. Es cierto, como señala Raventós⁴, que la virtud tiene una dimensión psicológico-moral, pero también lo es que para que pueda brotar necesita el suelo adecuado, esto es, si queremos contar con ciudadanos virtuosos y comprometidos con su comunidad, éstos deben tener garantizada una base material que les permita una existencia social autónoma, para desarrollar una

Europa, Democracia y globalización, Vol. II, Universidade de Santiago de Compostela, 2001, p. 1319.

² Vid. I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, Routledge, Londres, 2002, p. 191.

³ Vid. I. SOTELO, *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Trotta, Madrid, 2010, p. 390.

⁴ Vid. D. RAVENTÓS, *Las condiciones materiales de la libertad*, El Viejo Topo, Barcelona, 2007, p. 79.

capacidad para autogobernarse en la vida privada, que a su vez les posibilita desarrollar su capacidad para la actividad política.

2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE VIRTUD CÍVICA

Las nociones de virtud cívica y de ciudadanía activa y comprometida han vuelto a adquirir protagonismo en los últimos tiempos vinculadas con frecuencia al renacimiento de la tradición del republicanismo cívico –si bien este renacimiento ha sido efímero y todo indica que, una vez más, esta doctrina ha vuelto a ser enterrada– y esgrimidas, en general, por quienes rechazan una concepción individualista y mercantilista de la política, como mera agregación de intereses, concepción que, entre otros inconvenientes, se mostraría incapaz de generar lealtad y cooperación entre los ciudadanos⁵.

Ciertamente, según éstos, las democracias, tal y como hoy son concebidas mayoritariamente serían poco más que un conjunto de mecanismos y reglas formales de toma de decisiones que solo logran atraer la atención de los ciudadanos mediante la repetición de rituales participativos desprovistos de interés y eficacia⁶. Porque, en efecto, los sistemas democráticos de hoy serían incapaces de satisfacer las verdaderas necesidades y demandas de la sociedad como consecuencia, fundamentalmente, de las deficiencias de los canales convencionales de participación para transmitir estas demandas e intereses a la clase política y, sobre todo, para controlar su actuación, que da la sensación de que cada vez más viene determinada por los intereses y estrategias de los grandes poderes económicos tanto nacionales como internacionales. La consecuencia es que los ciudadanos sienten que no tienen influencia real sobre las decisiones políticas y que las instituciones públicas se muestran incapaces de solucionar sus problemas reales, lo que, a su vez, les lleva a alejarse cada vez más de éstas. Tal situación, no obstante, podría revertirse –sostienen los más entusiastas y optimistas de aquéllos– inculcando en la ciudadanía un espíritu cívico y participativo.

⁵ Vid. J. PEÑA, “Ciudadanía republicana y virtud cívica”, en M.J. BERTOMEU, A. DOMÈNECH, y A. DE FRANCISCO (comps.), *Republicanism y democracia*, Miño y Dávila, Madrid, 2005, p. 232. Pero no exclusivamente por ello pues, como nos recuerda Vilas, la mayor parte de los autores consideran que la falta de implicación política de los ciudadanos es nociva para la democracia (vid. J. VILAS NOGUEIRA, “Bienestar individual, legitimidad, democracia y desafección política: una discusión tentativa”, cit., p. 1329).

⁶ Vid. M.L. MORÁN y J. BENEDICTO, *La construcción de una ciudadanía activa entre los jóvenes*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, pp. 13-14.

Ahora bien, frente a lo que con frecuencia se escribe, la virtud cívica –o virtudes cívicas– no es algo propio únicamente del republicanismo cívico –o del comunitarismo– e incompatible con el liberalismo, que la consideraría una amenaza para bienes tan preciados como la libertad, la autonomía, la neutralidad o el individualismo, sino que también esta doctrina –o, al menos, alguna de las formas de entenderla⁷– apuesta por ella y, en todo caso, existirían discrepancias entre una y otras tradiciones de pensamiento sobre qué virtudes serían necesarias y aceptables y sobre qué argumentos esgrimir para su justificación –como cualidades valiosas en sí mismas para algunas versiones del republicanismo, como cualidades instrumentales para el liberalismo⁸ (y para otras versiones del republicanismo)⁹–. Hasta tal punto no es real esta incompatibilidad que, a juicio de Kymlicka y Norman¹⁰ algunos de los trabajos más interesantes acerca de la importancia de la virtud cívica fueron escritos por liberales como Amy Gutmann, Stephen Macedo o William Galston.

En efecto, señalan aquéllos que muchos liberales clásicos creyeron que aun sin una ciudadanía particularmente virtuosa, la democracia liberal podía sentirse segura gracias a dispositivos institucionales y procedimentales tales como la separación de poderes, un legislativo bicameral o, en algunos casos, el federalismo, que servirían para bloquear el paso a los posibles usurpadores. Además, incluso en el supuesto de que cada persona persiguiera su propio interés sin ocuparse del bien común, unos conjuntos de intereses

⁷ Vid. S. MACEDO, *Liberal Virtues, Citizenship, Virtue and Community in Liberal Constitutionalism*, Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 128.

⁸ Vid. L. BECKMAN, *The Liberal State and the Politics of Virtue*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2001, p. 258.

⁹ En efecto, pueden señalarse, con Guichot, al menos dos respuestas a la pregunta ¿por qué el ciudadano debe participar en el campo político? Según una de ellas, basada en lo que podría calificarse como concepción “fuerte” de la ciudadanía, el ejercicio de la ciudadanía activa es la vía por excelencia de autorrealización individual y se vincularía estrechamente vida cívica con vida buena; esta es la posición del humanismo cívico. Una segunda respuesta, a mi juicio más aceptable y acorde con nuestras sociedades y sistemas políticos contemporáneos, otorga a la participación valor instrumental, se justifica por su aportación a otro bien, la libertad de los ciudadanos: si uno quiere disfrutar de sus derechos y tener garantizados ciertos servicios sociales se convierte en un deber el actuar virtuosamente (cumplir las leyes, pagar los impuestos, participar en las elecciones...) el compromiso público se justifica, así, primordialmente como un instrumento necesario de la libertad privada (vid. V. GUICHOT REINA, “Participación, ciudadanía activa y educación”, *Teoría de la Educación*, núm. 25, 2013, p. 31.

¹⁰ Vid. W. KYMLICKA y W. NORMAN, “El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en Teoría de la Ciudadanía”, *Ágora*, num. 7, 1997, p. 22.

privados podrían controlar a otros conjuntos de intereses privados, promoviéndose así, indirectamente, los intereses de todos.

Sin embargo –a juicio de los autores citados–, la historia ha demostrado que tales mecanismos procedimental-institucionales no son suficientes, sino que también se necesita imbuir en las gentes cierto nivel de virtud y de preocupación por lo público. Esto es, desde una perspectiva liberal la virtud cívica o, más bien, las “virtudes liberales” –como la denominan algunos de sus proponentes desde esta doctrina–, entendidas como “las aptitudes y hábitos morales e intelectuales necesarias o altamente valiosas para la preservación y el éxito de un régimen político particular”¹¹, son vitales para la estabilidad y el vigor de una democracia moderna, que no puede depender solo de lo que algunos denominan su “estructura básica”¹².

En esta misma línea también Macedo explica que el liberalismo aboga por el autogobierno en un sentido radical del término, lo que se traduce en que “la justicia liberal no depende de un esotérico nivel de razón accesible solo para una élite especialmente entrenada”, sino que sus razones son buscadas, expuestas, criticadas, debatidas y revisadas en público en un debate continuado y autocrítico, además de que todos los controles y obstáculos que “nuestro sistema de autogobierno indirecto coloca en la trayectoria de las leyes injustas podría obstruir igualmente las leyes justas si los participantes políticos no estuvieran a menudo propensos gracias a la reflexión a favorecer la justicia y el bien público”¹³.

Spragens¹⁴, por su parte, llega a señalar que no es sorprendente que la virtud cívica sea incluso más exigente en las democracias liberales que en otros regímenes políticos, puesto que en aquellas los ciudadanos no solamente son colectivamente soberanos, sino que, como cuestión de principio, se dejan áreas significativas de espacio social fuera de la supervisión y del control estatal, en manos de los ciudadanos, quienes deben estar capacitados para ejercer un cierto nivel de autocontrol a la hora de regularlas por sí mismos.

Pero es que además existen otras áreas que, aunque sean reguladas por el gobierno, requieren la colaboración de los ciudadanos, esto es, hay de-

¹¹ T.A. SPRAGENS, *Civic Liberalism. Reflections on Our Democratic Ideals*, Rowman and Littlefield, Nueva York, 1999, p. 213.

¹² Vid. J. PEÑA, “Ciudadanía republicana y virtud cívica”, cit., p. 232.

¹³ S. MACEDO, *Liberal Virtues*, cit., p. 128.

¹⁴ Vid. T.A. SPRAGENS, *Civic Liberalism*, cit., p. 231.

terminadas políticas públicas cuyo éxito depende de lo que él califica como “decisiones responsables a nivel de los estilos de vida personales”. Ilustran esta aseveración Kymlicka y Norman con ejemplos tales como los siguientes: “el Estado será incapaz de proveer cuidados sanitarios adecuados si los ciudadanos no actúan responsablemente hacia su propia salud (siguiendo una dieta balanceada, haciendo ejercicio y controlando el consumo de alcohol y tabaco); el Estado puede tornarse incapaz de satisfacer las necesidades de los niños, los ancianos y los discapacitados si los ciudadanos no aceptan su cuota de responsabilidad en cuanto a la atención de sus propios parientes; el Estado no podrá proteger el medio ambiente si los ciudadanos no aceptan reducir el consumo o practicar el reciclaje en sus propios hogares; la capacidad del gobierno para regular la economía puede debilitarse si los ciudadanos se endeudan demasiado o exigen aumentos salariales excesivos”¹⁵. En definitiva –concluyen–, sin cooperación y autocontrol en estas áreas la capacidad de las sociedades liberales de funcionar con éxito disminuye progresivamente.

Por eso advertía ya Mill que “las instituciones representativas son de poco valor y pueden ser instrumento de tiranía o de intriga cuando, en general, los electores no están suficientemente interesados en su gobierno como para votar o, si votan no conceden sus sufragios basándose en el bien público, sino que los venden por dinero o votan al servicio de alguien que tiene poder sobre ellos o quien por razones privadas desean favorecer. Una elección popular así efectuada, en lugar de ser una garantía contra el mal gobierno se convierte en una rueda más de su maquinaria”¹⁶.

Ahora bien ¿en qué consiste la virtud cívica (o las virtudes cívicas)?¹⁷ No es fácil dar una respuesta concreta pues, como reconoce Heater, “tantos filósofos y políticos, durante los pasados dos mil quinientos años, han elogiado la virtud cívica y la buena ciudadanía y han otorgado a estos términos tantos significados diferentes que se ha hecho virtualmente imposible llegar a saber lo que cualquiera de sus proponentes tiene en mente sin conocer el contexto”¹⁸.

¹⁵ W. KYMLICKA y W. NORMAN, “El retorno del ciudadano”, cit., p. 15.

¹⁶ J.S. MILL, *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid, 2001, pp. 37-38.

¹⁷ Un interesante análisis en profundidad sobre las virtudes cívicas puede encontrarse en O. PÉREZ DE LA FUENTE, “Sobre las virtudes cívicas. El lenguaje moral del republicanismo”, *Derechos y libertades*, num. 23, 2010, pp. 145-181.

¹⁸ D. HEATER, *Citizenship. The Civic Ideal in World History, Politics and Education*, Manchester University Press, 2004, p. 198. A lo que se suma “la timidez con que los autores

Pero, antes de intentar dar una respuesta debemos descartar la visión, muy extendida, de la virtud cívica como una imposición moral de una determinada concepción de la vida buena pues, muy al contrario, es compatible con múltiples concepciones de esta: “los criterios de la virtud cívica especifican lo que significa ser un buen ciudadano de un régimen particular, no lo que significa ser un buen ser humano en ningún sentido absoluto, universal o comprensivo”¹⁹. Así entendida, por tanto, la virtud cívica no sería un fin en sí mismo, sino que tendría un carácter instrumental, en el sentido de constituir un medio especialmente idóneo para la promoción de otros fines políticos valiosos, tales como la libertad, la igualdad, la democracia u otros²⁰.

Ciertamente, aunque, como acertadamente señala, por ejemplo, Kristol²¹, la misma palabra “virtud” nos asusta hoy, en realidad, tal y como es entendida contemporáneamente por la mayor parte de sus proponentes tiene implicaciones modestas y es plenamente compatible con una sociedad liberal –coincide este autor– en la que coexisten individuos con diferentes preferencias morales o planes de vida, puesto que, en definitiva, la virtud cívica lo que en términos generales demanda a los ciudadanos es que se comprometan con la cosa pública y que miren por el bien común tanto como por el suyo propio.

Señalaba, en este sentido, Viroli en su célebre charla con Bobbio sobre la república, lo siguiente:

“La virtud cívica no es para mí la voluntad de inmolarse por la patria. Se trata de una virtud para hombres y mujeres que quieren vivir con dignidad y sabiendo que no pueden vivir dignamente en una comunidad corrupta, hacen lo que pueden y cuando pueden para servir a la libertad común: ejercen su profesión a conciencia, sin obtener ventajas ilícitas ni aprovecharse de la necesidad o la debilidad de los demás; su vida familiar se basa en el respeto mutuo [...] cumplen sus deberes cívicos pero no son dóciles; son capaces de movilizarse con el fin de im-

aplican sus teorías de la ciudadanía a cuestiones de política pública [...] se hacen algunas sugerencias acerca del tipo de instituciones o de políticas que podrían promover o reforzar las virtudes y responsabilidades características de la buena ciudadanía [...] sin embargo, la mayor parte de los teóricos de la ciudadanía dejan sin contestar la cuestión de cómo fomentarla” (W. KYMLICKA y W. NORMAN, “El retorno del ciudadano”, cit., p. 25).

¹⁹ T.A. SPRAGENS, *Civic Liberalism*, cit., p. 213.

²⁰ Vid. S. BURTT, “The Politics of Virtue Today: A Critique and a Proposal”, *American Political Science Review*, vol. 87, num. 2, 1993, p. 360.

²¹ Vid. I. KRISTOL, *Republican Virtue vs. Servile Institutions*, Indiana University, Bloomington, 1974, p. 6.

pedir que se apruebe una ley injusta o presionar a los gobernantes para que afronten los problemas de interés común; participan en asociaciones de distinta clase (profesionales, deportivas, culturales, políticas y religiosas); siguen los acontecimientos de la política nacional e internacional; quieren comprender y no ser guiados o adoctrinados”²².

En resumidas cuentas, las virtudes cívicas son esas cualidades que transforman a las individuos privados en verdaderos ciudadanos implicados activamente en su comunidad política²³, que les hace verse no únicamente como meros titulares de derechos y como clientes acreedores a ciertas prestaciones, sino como miembros comprometidos con la cosa pública, con capacidad para evaluar el desempeño de quienes ocupan los cargos públicos y disposición a participar en el debate público de forma reflexiva, crítica y dialogante²⁴. Cualidades estas que Kymlicka y Norman –en línea con los argumentos arriba expuestos– consideran distintivas de la teoría liberal de las virtudes, pues la necesidad de cuestionar proviene de que una importante responsabilidad de los ciudadanos es controlar a quienes ocupan cargos públicos y juzgar su conducta, en tanto que la necesidad de involucrarse en la discusión pública proviene del hecho de que, en una democracia, las decisiones del gobierno deben adoptarse públicamente, a partir de una discusión libre y abierta²⁵.

Por otro lado, conviene señalar que la participación democrática que se espera es la de todos los ciudadanos, no la de una minoría, una élite. Y esto por varios motivos de los que nos da cuenta Guizhot²⁶. En primer lugar, porque la participación universal permite integrar las aspiraciones de la mayoría de los miembros de la sociedad; es necesario que todos opinen para que se tengan en cuenta los intereses de todos, por ello en la deliberación no ha de quedar excluido ningún miembro afectado por las decisiones políticas, al tiempo que la participación debe desarrollarse en libertad plena, esto es, deben removerse los obstáculos materiales para la independencia real de los interlocutores –cuestión de la que nos ocuparemos en detalle más abajo–.

Asimismo, la apuesta por una participación democrática amplia no elitista tiene que ver con el convencimiento de que tal participación favorecerá

²² N. BOBBIO y M. VIROLI, *Diálogo en torno a la república*, Tusquets, Barcelona, 2002, p. 15.

²³ Vid. S. BURTT, “The Politics of Virtue Today”, cit. p. 360.

²⁴ Vid. J. PEÑA, “Ciudadanía republicana y virtud cívica”, cit., p. 232.

²⁵ Vid. W. KYMLICKA y W. NORMAN, “El retorno del ciudadano”, cit., p. 22.

²⁶ Vid. V. GUICHOT REINA, “Participación, ciudadanía activa y educación”, p. 32.

la calidad normativa de las decisiones, ya que la cantidad y la variedad de las perspectivas contribuirán a la amplitud y riqueza del debate. Y, en tercer lugar, la participación política propicia la estabilidad política, toda vez que los ciudadanos se sentirán más comprometidos con las decisiones políticas si han participado en su creación, lo que indudablemente contribuye al buen funcionamiento de una democracia.

A estos argumentos, podría añadirse uno más: la participación produce efectos beneficiosos para el autodesarrollo de los individuos. Señala al respecto Del Aguila²⁷ que los ciudadanos serán juiciosos, responsables y solidarios únicamente si se les da la oportunidad de serlo mediante su implicación en diversos foros políticos de deliberación y decisión. La participación creará mejores ciudadanos y quizá incluso mejores personas, toda vez que les obligará a traducir en términos públicos sus deseos y aspiraciones, incentivará la empatía y la solidaridad, les forzará a argumentar racionalmente ante sus iguales y a compartir responsablemente las consecuencias (buenas y malas) de las decisiones. Y cuantos más ciudadanos estén implicados en ese proceso, mayor será la fortaleza de la democracia, mejor funcionará el sistema, mayor será su legitimidad, e, igualmente, mayor será su capacidad para controlar al gobierno e impedir sus abusos.

3. PROMOCIONANDO LA VIRTUD CÍVICA

Ahora bien, la pregunta clave, la pregunta que se han hecho multitud de pensadores es ¿cómo fomentar esta virtud o estas virtudes? ¿Cómo hacer que los ciudadanos se interesen por la cosa pública? Y es más ¿cómo convencerles que lo hagan desinteresadamente y teniendo en mente el bien común, no el propio (o no en el propio exclusivamente, o no en el propio a corto plazo)?

Ante todo, es pertinente señalar que a pesar de que para los ciudadanos –o para algunos de ellos– la utilidad de la participación no siempre es evidente, ésta no es tan menguada como a veces se dice ni el desinterés por lo público tan dramático. Opina al respecto Del Aguila que no hay que confundir un seguimiento «de segundo orden» de la política con mera pasividad. En las circunstancias adecuadas, los ciudadanos reaccionan y se movilizan en defensa de sus intereses políticos y de lo que creen justo o necesario. Lo

²⁷ Vid. R. DEL ÁGUILA, “La participación política como generadora de educación cívica y gobernabilidad”, *Revista Iberoamericana de Educación*, num. 12 (online).

que sucede es que, por un lado, muchos ciudadanos no participan de forma constante y uniforme, sino que lo hacen en función de los temas concretos que en cada momento les interesan o les afectan y, por otro, la participación no siempre sigue los cauces institucionales, sino que a veces se hace por otros medios "que acogen las aspiraciones políticas ciudadanas cuando otros lugares (los partidos, por ejemplo) ya no parecen los apropiados para hacerlo"²⁸.

En cualquier caso, el instrumento que siempre se ha considerado esencial para fomentar el espíritu cívico ha sido la educación, pues nadie nace siendo virtuoso sino que "las virtudes constituyen una especie de segunda naturaleza que la persona va construyendo, ayudada por la educación, por el ejemplo, por la mimesis y la repetición de unos mismos actos"²⁹. La finalidad de la educación así entendida será doble. Por un lado, enseñar a los individuos, desde niños, lo que significa ser ciudadanos de una comunidad política no solo en términos de los derechos, sino también de los deberes que esto implica, y motivarlos para cumplirlos; enseñarles, en definitiva, a percibir los intereses de la comunidad como los suyos propios, a reconocer que la comunidad y sus prácticas e instituciones les aseguran la posibilidad de vivir sus propias vidas buenas y que tienen, por ello, el deber de contribuir a su viabilidad.

Y por otro, junto a la concienciación cívica, y dada la creciente complejidad de los asuntos políticos, sociales y económicos de la vida contemporánea es preciso poner también a su disposición todos los conocimientos y la información de los asuntos relativos a la sociedad y al Estado necesarios para situarlos en posición de juzgar, de elegir y de actuar. Esto es, se precisa aumentar el nivel cultural de todos los ciudadanos sin excepción y proporcionarles la información política y económica necesaria. Se trata, en definitiva, de democratizar la enseñanza, no solo para que todos los ciudadanos puedan enriquecer su cultura, sino –advierte San Miguel³⁰– por razones más profundas, porque la enseñanza es en la sociedad contemporánea una de las claves del acceso al poder político y la posibilidad de que los peor dotados económicamente lleguen a adquirir una cultura lleva consigo la posibilidad de su integración en los puestos de responsabilidad. Pero es que, además

²⁸ Vid. *ibidem*.

²⁹ V. CAMPS, "El concepto de virtud pública", en P. CERESO (ed.), *Democracia y virtudes cívicas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 20.

³⁰ Vid. L.G. SAN MIGUEL, "Participación en el poder y control de la "élites" como problema de la democracia moderna", *Revista de Estudios Políticos*, num. 143, 1965, pp. 119-123.

-continúa-, la democratización de la enseñanza viene también impuesta por razones de eficacia, pues constituye un derroche de energías intelectuales el limitar arbitrariamente el reclutamiento de los técnicos a una clases social y económicamente bien dotadas, quedando estériles la mayor parte de las buenas inteligencias del país por falta de medios económicos.

Por otro lado, Macedo³¹, entre otros, es de la opinión de que la virtud pura, la que prefiere la acción correcta por sí misma, solo se puede esperar de unos pocos. Por eso habría que buscar estrategias que traten de incentivarla de modo que actuar virtuosamente suponga algún tipo de recompensa. Así, por ejemplo, para algunos la principal motivación de su compromiso procederá de su sentido moral, y más en concreto, de su indignación contra las prevaricaciones, las discriminaciones o la corrupción; muchos se moverán por intereses materiales tan legítimos como disfrutar de calles seguras, parques agradables, monumentos cuidados o escuelas y hospitales de calidad; y habrá también quienes se comprometerán porque “quieran ser valorados y aspiran a recibir honores, sentarse en la mesa de la presidencia, hablar en público y colocarse en primera fila en las ceremonias”³² –especialmente, en el caso de los políticos, pueden estar interesados en tener una reputación de competentes y honrados, o en ser estimados por sus ciudadanos, por ejemplo³³-. En muchos casos, varios de estos motivos actuarán conjuntamente, reforzándose unos a otros.

En definitiva, un buen aliado para lograr que ciudadanos naturalmente autointeresados actúen de forma desinteresada puede ser, precisamente, ese autointerés, pero no únicamente el inmediato, sino también el futuro, porque hay que hacer ver a los individuos que renunciar a sus propios intereses a corto plazo puede ser útil para promover sus intereses a largo plazo. Ahora bien –puntualiza Dagger³⁴–, esto no quiere decir que el ciudadano deba sacrificar sus intereses privados constantemente en beneficio del interés público. Ciertamente, habrá de hacer sacrificios ocasionales pero, siendo realistas, debe haber un acuerdo sustancial entre los intereses públicos y los privados si se quiere que los individuos estén dispuestos a comportarse como ciudadanos comprometidos. Porque, obviamente, quienes se ven tratados de

³¹ Vid. S. MACEDO, *Liberal Virtues*, cit., p. 141.

³² N. BOBBIO y M. VIROLI, *Diálogo en torno a la república*, cit., p. 16.

³³ Vid. S. MACEDO, *Liberal Virtues*, cit., p. p. 141.

³⁴ Vid. R. DAGGER, *Civic virtues: rights, citizenship, and republican liberalism*, Oxford University Press, 1997, p. 114.

manera justa considerarán que sus esfuerzos en pro de la comunidad son contribuciones verdaderas al bienestar del grupo y, por ende, a su propio bienestar. Pero no parece probable que alguien se esfuerce y se sacrifique por los bienes e intereses del conjunto de la comunidad cuando sospecha que otros no lo hacen y, sin embargo, se aprovechan de ellos incluso, en algunos casos, disfrutando de una porción desproporcionada de los mismos –coincide Honohan en que “si los ciudadanos ven que las leyes favorecen sus intereses, serán más confiados y confiables en sus interacciones políticas y también más dispuestos a cumplir con sus responsabilidades”³⁵–. En definitiva, cuanto mayores sean las expectativas de que la implicación política obtendrá resultados, mayor será la participación.

Por supuesto, lo que se considere justo o proporcionado variará conforme a las circunstancias, pero siempre tendrá que ver con la idea de igualdad, de que todos sean tratados como iguales, en el sentido de que, al menos, los intereses de cada miembro de la comunidad sean tomados en cuenta y de que los intereses de unos no cuenten más o menos que los de otros. Sin embargo, señala nuevamente Dagger³⁶ que, siendo vital, la igualdad en sentido formal puede no ser suficiente para asegurar el compromiso, pues puede ser sentida como un mero medio para enmascarar una desigualdad de poder o influencia que otorgue a los intereses de algunas personas más peso que a los de otras. Los ciudadanos –continúa– deben percibir que están siendo tratados equitativamente, y sus percepciones procederán, al menos en parte, de su sensación de distribución de recursos entre los miembros de la práctica cooperativa.

Se hace al respecto Dahl³⁷ la siguiente pregunta: ¿cuáles son las causas remediabiles de las desigualdades políticas? A la que responde señalando las diferencias de posición, recursos y oportunidades económicas y las diferencias de conocimientos, información y capacidad cognitiva (además de las diferencias en los recursos y posibilidades para emplear la coacción violenta). Pues, en efecto, los ingresos, la riqueza y la posición económica de las personas son también recursos políticos, y si estos recursos no están distribuidos en forma equitativa, ¿cómo podrían los ciudadanos ser iguales en el plano político?, y si no pueden serlo ¿cómo puede existir la democracia? –continúa su razonamiento–. Por ello concluye que un país democrático avanzado pro-

³⁵ I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, cit., p. 172.

³⁶ Vid. R. DAGGER, *Civic virtues*, cit., p. 114.

³⁷ Vid. R. DAHL, *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 2000, pp. 388-391.

curará activamente reducir las desigualdades, al menos las más notorias, del tipo de las antes señaladas que limiten la capacidad y posibilidades de los ciudadanos para participar en la vida política. Y por ello también, en ese país democráticamente avanzado, el sistema económico deberá entenderse como un instrumento no solo de la producción y distribución de bienes y servicios, sino de una gama mucho más amplia de valores, incluidos los valores democráticos, por lo que habrá de estar al servicio no solo de los consumidores, sino de los seres humanos, en todas aquellas actividades en que dicho sistema puede contribuir a ello.

Dagger³⁸, en este mismo sentido, expresa la necesidad de que nuestros estados contemporáneos promuevan una “economía cívica” que garantice a sus ciudadanos algún tipo de apoyo mínimo “social” o “cívico” que hagan posible la igualdad política y el autogobierno para, al menos, la mayor parte de ellos. Los dos instrumentos esenciales, según su parecer, serán, por un lado, “tomarse en serio” el empleo, proporcionando suficientes oportunidades de encontrar puestos de trabajo y que estos sean de calidad, apoyando al mismo tiempo a los emprendedores, las cooperativas³⁹, etc.; por otro, garantizar unos ingresos mínimos por medio, por ejemplo, del reconocimiento de una renta básica⁴⁰.

³⁸ Vid. R. DAGGER, “Neo-Republicanism and the Civic Economy”, *Politics, Philosophy and Economics*, vol. 5, num. 2, 2006, pp. 161-166.

³⁹ Beiner sostiene que la razón para considerar el pleno empleo como la prioridad política principal de la acción estatal es que nadie sujeto a desempleo crónico puede considerarse a sí mismo o ser considerado por la sociedad como un ciudadano en ningún sentido pleno. Así, por ejemplo, la intervención pública en este ámbito es políticamente deseable, tanto si es o no económicamente más eficiente, cuando tiende a lograr que haya más miembros de la sociedad que puedan considerarse de forma estable como ciudadanos plenos, o les da a quienes ya son ciudadanos un más amplio o profundo sentido de pertenencia política (vid. R. BEINER, “The civic argument for socialism”, cit., p. 155). Y añade: “sin trabajo uno no posee un lugar estable en el mundo, ni un lugar adecuado para la propia dignidad como miembro de la sociedad, y sin esto no puede haber ciudadanía [...] Si ser un ciudadano es un bien básico dentro de una buena sociedad, entonces el pleno empleo, como condición de la plena ciudadanía tiene prioridad sobre otros fines sociales (ibídem, p. 156).

⁴⁰ Por eso Raventós propone la implantación de una renta básica “que liberaría a buena parte de la ciudadanía de unas dependencias que convierten en casi heroico el cultivo de la vida pública. Hay –continúa– ciudadanos y ciudadanos, y esto es una afirmación empírica fácilmente constatada, que con mucho tiempo disponible y cubiertas las necesidades de subsistencia en unos casos más que sobradamente y en otros de forma aceptable, no cultivan en absoluto la vida pública. Hay otros que, con una subsistencia asegurada en las mismas condiciones o parecidas que los anteriores, la ejercitan mucho. El SUG (renta básica) posibilitaría que una fracción importante de la ciudadanía dispusiera de unas circunstancias más favorables que las presentes

4. VIRTUD CÍVICA Y DERECHOS SOCIALES

Es por todo esto por lo que frente a lo que en ocasiones se sostiene desde determinadas posiciones ideológicas, en el sentido de que los derechos civiles y políticos, por ser los más relevantes, son a los que debería prestárseles más atención y protección, más que a las disparidades sociales y económicas, hay quien argumenta que estos derechos son meramente formales por lo que –advierte Ovejero⁴¹– una noción plena de ciudadanía no se agota con ellos, sino que también requiere, para poder hablar en serio de pertenencia a la comunidad política, de un cierto nivel de bienestar. Y Green, acertadamente, apunta que los derechos civiles y políticos, al ser constitutivos de la democracia misma, no necesitan mayor justificación; en cambio, los derechos sociales, que posibilitan la verdadera igualdad ciudadana, normalmente requieren que se justifiquen y, sin embargo, esta necesidad de justificación no los hace menos esenciales, toda vez que sin ellos “las garantías políticas del régimen democrático degenerarían en provisiones meramente formales y buenas palabras”⁴².

Para Beiner⁴³, por su parte, el propósito de las políticas redistributivas no es maximizar la igualdad social por sí misma, sino respaldar e intensificar un sentido de ciudadanía e implicación común en las actividades de la sociedad. Y en idénticos términos Rueschemeyer⁴⁴ señala que en los países desarrollados la función de la distribución de los ingresos no es únicamente la distribución de la propiedad, el capital o los recursos, sino que también tiene por finalidad la promoción de la verdadera igualdad democrática, toda vez que la calidad de la democracia va a depender en gran medida de políticas que promuevan la igualdad social y económica, y especialmente la protección social y la solidaridad.

para poder practicar la vida pública. En las condiciones actuales de nuestras sociedades hay ciudadanos que simplemente no tienen esa elección” (D. RAVENTÓS, *El derecho a la existencia*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 57). Y también White es de la opinión de que una de las características más atractivas de la renta básica (*citizen's income*) es la independencia que proporcionaría a sus beneficiarios, protegiéndoles frente al mercado y quizás frente presiones domésticas que podrían, de otro modo, comprometer su libertad (vid. S. WHITE, “Rediscovering Republican Political Economy”, *Imprints*, vol. 4, num. 3, 2000, p. 221).

⁴¹ Vid. F. OVEJERO, “Capitalismo y republicanismo: un panorama”, *Revista internacional de filosofía política*, num. 23, 2004, p. 125.

⁴² P. GREEN, *Retrieving Democracy. In search of Civic Equality*, Methuen, Londres, 1985, p. 211.

⁴³ Vid. R. BEINER, “The civic argument for socialism”, en D. AVNON y A. DE-SHALIT (eds.), *Liberalism and its Practice*, Routledge, 1999, p. 161.

⁴⁴ Vid. D. RUESCHEMEYER, “Addressing Inequality”, *Journal of Democracy*, num. 4, vol. 15, 2004, p. 83.

Esto es así por varios motivos. En primer lugar, porque es evidente que las desigualdades socioeconómicas profundas provocan serias consecuencias tanto directas como indirectas en la calidad de la gobernanza política. Ciertamente, “las estructuras de la desigualdad social y económica se entrelazan con las de la igualdad política y (...) si estos efectos de desigualdad económica y social no son sustancialmente contenidos la igualdad política será extremadamente limitada”⁴⁵. Porque es evidente que los grupos dominantes pueden usar sus recursos sociales y su poder económico, para influir de forma más o menos directa en la esfera pública en muchos y trascendentales sentidos, toda vez que no únicamente pueden presionar sobre las medidas políticas y económicas que se implementen por parte de los poderes públicos, sino que también pueden recurrir a su control de la educación y, sobre todo, de los medios de comunicación para moldear las opiniones, valores y preferencias de los grupos menos favorecidos. La situación de escasez, por su parte, significa no solo una falta de recursos económicos de quien la padece, sino también una pérdida de posición en la comunidad y que su voz no sea tenida en cuenta y no sea un actor político tan poderoso como se podría suponer por el potencial de su derecho al voto⁴⁶.

Todo esto, indudablemente, desincentiva ya no solo la participación política, sino también el sentirse comprometido con una comunidad en la que no se siente valorado. Por ello no es de extrañar que con frecuencia la defensa de la virtud cívica haya ido emparejada con la defensa de los derechos sociales, del estado de bienestar o, más concretamente, de la denominada ciudadanía social, que en palabras de Heater⁴⁷ sería la creencia en que si aceptamos que todos los ciudadanos son esencialmente iguales en estatus y dignidad, ninguno debería sufrir una condición social o económica tan deprimida como para desmentir esta presunción. Por tanto, en recompensa por la conducta cívica mostrada por el ciudadano, el Estado tiene la obligación de corregir las grandes desigualdades por medio de la garantía de un nivel básico de vida en términos de ingresos, vivienda, alimento, salud y educación.

Más en detalle, la noción de ciudadanía social –término que acuñara Marshall⁴⁸– se puede entender como una dimensión social de la ciudadanía que puede ser considerada como un complemento o incluso un presupuesto de la

⁴⁵ D. RUESCHEMEYER, “Adressing Inequality”, cit., p. 76.

⁴⁶ Vid. D. RUESCHEMEYER, “Adressing Inequality”, cit., pp. 76-79.

⁴⁷ Vid. D. HEATER, *Citizenship. The Civic Ideal in World History, Politics and Education*, cit., p. 272.

⁴⁸ Vid. T.H. MARSHALL y T. BOTTOMORE, *Ciudadanía y clase social*, Alianza Editorial, Madrid, 2007.

dimensión política, puesto que conforme a la misma, al estatus formal del ciudadano como miembro pleno de la comunidad y, por ello, titular de ciertos derechos, se unen unas condiciones materiales que posibilitan el ejercicio efectivo de dicho estatus⁴⁹. De lo que se trata, en definitiva, como aclara Añón⁵⁰, es de asegurar que cada uno sea considerado como un miembro pleno de una sociedad de iguales, y por ello, con derecho al acceso a los recursos básicos precisos para el ejercicio pleno y real de los derechos (y también de los deberes). Por tanto, la noción de ciudadanía no puede ser independiente de la dimensión social y económica, puesto que las desigualdades y las situaciones de insatisfacción de necesidades básicas interfieren claramente con la capacidad de deliberación o la afirmación de la solidaridad como vínculo social de cohesión⁵¹.

En este sentido –apunta Sunstein⁵²–, una de las principales misiones del Estado social ha de ser proporcionar a los individuos una cierta igualdad de oportunidades, de modo que “las perspectivas de vida de un niño nacido en una familia en una parte del país no deberían ser radicalmente diferentes de las de otro niño nacido en otra familia en otro lugar”. Parece inevitable que en una sociedad liberal diferentes familias tengan diferentes recursos, sin embargo, el gobierno puede colaborar a mitigar en parte esta situación; ante todo, puede minimizar, en lugar de incrementar, el riesgo de diferencias económicas, lo que se traducirá en que no haya grandes disparidades en las expectativas de vida de diferentes ciudadanos, pero también puede asegurar una buena educación a disposición de todos, promover la concienciación y la comprensión respecto a los asuntos públicos, así como tomar las medidas necesarias para que todos los individuos tengan una influencia real en la toma de decisiones y en los resultados de las mismas.

Esta convicción puede remontarse –con Cordero Fuentes⁵³– al debate sobre la ciudadanía entablado a partir de la segunda mitad del siglo XX, cuan-

⁴⁹ Vid. E. ANTJUSTEGI, “Ciudadanía y derechos sociales”, *Lan Harremanak*, num. 22, 2010, p. 155.

⁵⁰ Vid. M.J. AÑÓN, “Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, num. 6, 2002.

⁵¹ Ahora bien, el Estado ha de procurar bienes y recursos a los ciudadanos, pero de un modo tal que estos, al mismo tiempo, conserven un alto grado de seguridad e independencia frente a aquel, pues de otro modo no podrán conducirse con el espíritu constructivo y comprometido, pero también crítico, que de un ciudadano virtuoso se espera (vid. C. SUNSTEIN, *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1993, p. 136).

⁵² Vid. C. SUNSTEIN, *The Partial Constitution*, cit., p. 140.

⁵³ Vid. J.A. CORDERO, *Socialdemocracia republicana*, Montesinos, Barcelona, 2008, p. 196.

do el liberalismo dominante percibió el peligro que las graves desigualdades sociales entrañaban para la estabilidad de las instituciones democráticas. Se vio que la exclusión social privaba, de hecho, a los sectores más desfavorecidos de la capacidad de participar políticamente a través de los cauces establecidos, y ello a su vez debilitaba la base de las instituciones públicas tanto más cuanto mayores eran las capas “expulsadas” de sus cauces efectivos. A ello vino a dar respuesta el nuevo paradigma cívico –continúa–, cuya máxima concreción se halla en los llamados estados de bienestar que crecieron en Europa tras la Segunda Guerra Mundial y que proveía mecanismos para el acceso universal a unos servicios públicos básicos y de calidad –educación, sanidad, seguridad, infraestructuras– que permitían, bajo el prisma liberal, conjurar los riesgos de fractura y conflicto social (y sus posibles efectos sobre el orden institucional) al incorporar a todos los individuos, independientemente de sus condiciones de partida, en la comunidad cívica y política, fortaleciendo así las instituciones que de ella se derivan.

Porque, en efecto, parece que tiene sentido aventurar que los ciudadanos respetan su república si esta les responde. Sentencia así Giner que es elemental asumir que sin una distribución de intereses en que hagan que la democracia funcione bien –reparto relativamente equitativo de la propiedad, escasos agravios comparativos, eficiencia de administración– surgirán movimientos de desafección “que socavarán la *politeya* democrática y fomentarán el desarrollo de ideologías antidemocráticas y actitudes políticamente cínicas que aislen primero y ridiculicen después el ejercicio de la probidad o las muestras de virtud pública⁵⁴.

Y esto es aún más cierto, a juicio de Vilas⁵⁵, en los sistemas democráticos, donde revestirse de legitimidad es esencial, a diferencia de los sistemas autocráticos, que pueden persistir por la coacción. La legitimidad, en este contexto, suele relacionarse con una creencia generalizada en que el sistema existente es mejor que cualquier otro posible, o al menos en que no es deseable intentar su reemplazo. A su vez, la legitimidad del sistema político está en función fundamentalmente de la satisfacción vital y la satisfacción vital, por su parte, está en función básicamente del bienestar económico de los individuos. Las sociedades con bajos niveles de bienestar subjetivo tien-

⁵⁴ Vid. S. GINER, “Cultura republicana y política del porvenir”, en S. GINER (coord.), *La cultura de la democracia: el futuro*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 160.

⁵⁵ Vid. J. VILAS NOGUEIRA, “Bienestar individual, legitimidad, democracia y desafección política: una discusión tentativa”, cit., pp. 1321-1325.

den a tener gobiernos coercitivos o a derrumbarse ante demandas de cambio radical por parte de las masas. Por ello –concluye Vilas–, en el corto plazo, el auge o el declive de la economía influyen en un correlativo aumento o disminución del apoyo a los gobernantes; en cambio, el apoyo al régimen, aunque presenta una dinámica similar, opera en el largo plazo: la gente que siente que su vida es mejor bajo un determinado régimen genera sentimientos de apoyo difuso hacia tal régimen.

Pues, en efecto apunta Williams⁵⁶ que la virtud del Estado y la de sus ciudadanos son interdependientes. Para ser virtuoso, un ciudadano debe vivir en un Estado que consagre el bien común; de otro modo, no podrá ser “más que un fragmento de pecios arremolinándose en torno a otros fragmentos”, porque no hay bien común al que servir. El Estado, sin embargo, nunca consagrará el bien común a menos que sus ciudadanos sean virtuosos, pero el único modo que tienen de ser virtuosos es que el Estado consagre el bien común. De este modo, “la relación de causalidad es bidireccional: los ciudadanos hacen al Estado y el Estado hace a los ciudadanos” (o, dicho en otras palabras, los ciudadanos son tanto creadores como criaturas del Estado), y ninguno puede ser virtuoso si no lo es el otro.

En definitiva, sirvan como conclusión de lo hasta aquí escrito estas palabras de Kristol: “al final, cuando todo ha sido dicho y hecho, el único criterio auténtico para juzgar cualquier sistema económico o político, o cualquier conjunto de instituciones sociales es este: ¿qué tipo de personas nacen de él?”⁵⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTXUSTEGI, E., “Ciudadanía y derechos sociales”, *Lan Harremanak*, num. 22, 2010.
- AÑÓN, M.J., “Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, num. 6, 2002.
- AVNON, D. y DE-SHALIT, A. (eds), *Liberalism and its Practice*, Routledge, 1999.
- BECKMAN, L., *The Liberal State and the Politics of Virtue*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2001.
- BEINER, R., “The civic argument for socialism”, en D. AVNON y A. DE-SHALIT (eds), *Liberalism and its Practice*, Routledge, 1999.

⁵⁶ Vid. D.C., WILLIAMS, “Civic Republicanism and the Citizen Militia: The Terrifying Second Amendment”, *Yale Law Journal*, num. 101, 1991, p. 552.

⁵⁷ I. KRISTOL, *Republican Virtue vs. Servile Institutions*, cit., p. 3.

- BERTOMEU, M.J., DOMÈNECH, A., y DE FRANCISCO, A. (comps.), *Republicanism y democracia*, Miño y Dávila, Madrid, 2005.
- BOBBIO, N. y VIROLI, M., *Diálogo en torno a la república*, Tusquets, Barcelona, 2002.
- BURTT, S., "The Politics of Virtue Today: A Critique and a Proposal", *American Political Science Review*, vol. 87, num. 2, 1993.
- CAMPS, V., "El concepto de virtud pública", en P. CERESO (ed.), *Democracia y virtudes cívicas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.
- CORDERO, J.A., *Socialdemocracia republicana*, Montesinos, Barcelona, 2008.
- DAGGER, R., "Neo-Republicanism and the Civic Economy", *Politics, Philosophy and Economics*, vol. 5, num. 2, 2006.
- DAGGER, R., *Civic virtues: rights, citizenship, and republican liberalism*, Oxford University Press, 1997.
- DAHL, R., *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 2000.
- DEL ÁGUILA, R., "La participación política como generadora de educación cívica y gobernabilidad", *Revista Iberoamericana de Educación*, num. 12 (online).
- GINER, S., "Cultura republicana y política del porvenir", en S. GINER (coord.), *La cultura de la democracia: el futuro*, Ariel, Barcelona, 2000.
- GREEN, P., *Retrieving Democracy. In search of Civic Equality*, Methuen, Londres, 1985.
- GUICHOT REINA, V., "Participación, ciudadanía activa y educación", *Teoría de la Educación*, num. 25, 2013.
- HEATER, D., *Citizenship. The Civic Ideal in World History, Politics and Education*, Manchester University Press, 2004.
- HONOHAN, I., *Civic Republicanism*, Routledge, Londres, 2002.
- KRISTOL, I., *Republican Virtue vs. Servile Institutions*, Indiana University, Bloomington, 1974.
- KYMLICKA, W. y NORMAN, W., "El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en Teoría de la Ciudadanía", *Ágora*, num. 7, 1997.
- MACEDO, S., *Liberal Virtues, Citizenship, Virtue and Community in Liberal Constitutionalism*, Clarendon Press, Oxford, 1990.
- MÁIZ (ed.), R., *Europa Mundi. Construcción de Europa, Democracia y globalización*, Vol. II, Universidade de Santiago de Compstela, 2001.
- MARSHALL, T.H. y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, Alianza Editorial, Madrid, 2007.
- MILL, J.S., *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid, 2001.
- MORÁN, M.L. y BENEDICTO, J., *La construcción de una ciudadanía activa entre los jóvenes*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002.
- OVEJERO, F., "Capitalismo y republicanism: un panorama", *Revista internacional de filosofía política*, num. 23, 2004.

- PEÑA, J., "Ciudadanía republicana y virtud cívica", en M.J. BERTOMEU, A. DOMÈNECH, y A. DE FRANCISCO (comps.), *Republicanism y democracia*, Miño y Dávila, Madrid, 2005.
- PÉREZ DE LA FUENTE, O., "Sobre las virtudes cívicas. El lenguaje moral del republicanismo", *Derechos y libertades*, num. 23, 2010.
- RAVENTÓS, D., *El derecho a la existencia*, Ariel, Barcelona, 1999.
- RAVENTÓS, D., *Las condiciones materiales de la libertad*, El Viejo Topo, Barcelona, 2007.
- RUESCHEMEYER, D., "Adressing Inequality", *Journal of Democracy*, num. 4, vol. 15, 2004.
- SAN MIGUEL, L.G., "Participación en el poder y control de la "élites" como problema de la democracia moderna", *Revista de Estudios Políticos*, num. 143, 1965.
- SOTELO, I., *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Trotta, Madrid, 2010.
- SPRAGENS, T.A., *Civic Liberalism. Reflections on Our Democratic Ideals*, Rowman and Littlefield, Nueva York, 1999.
- SUNSTEIN, C., *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.
- VILAS NOGUEIRA, J., "Bienestar individual, legitimidad, democracia y desafección política: una discusión tentativa" en R. MAIZ (ed.), *Europa Mundi. Construcción de Europa, Democracia y globalización*, Vol. II, Universidade de Santiago de Compstela, 2001.
- WHITE, S., "Rediscovering Republican Political Economy", *Imprints*, vol. 4, num. 3, 2000.
- WILLIAMS, D.C., "Civic Republicanism and the Citizen Militia: The Terrifying Second Amendment", *Yale Law Journal*, num. 101, 1991.

RAMÓN RUIZ RUIZ
Área de Filosofía del Derecho
Edificio de Ciencias Sociales y Jurídicas
Campus de Las Lagunillas
Universidad de Jaén
23071 Jaén
e-mail: ramonrr@ujaen.es

REDISTRIBUCIÓN DE RECURSOS Y DERECHOS SOCIALES. LA TENSIÓN ENTRE IGUALDAD Y PRIORIDAD

RESOURCES REDISTRIBUTION AND SOCIAL RIGHTS. THE STRAIN BETWEEN EQUALITY AND PRIORITY

SILVINA RIBOTTA

Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 11-12-15

Fecha de aceptación: 4-4-16

Resumen: *En el presente artículo discuto sobre la forma idónea de distribuir recursos económicos para la exigibilidad y efectividad de los derechos sociales, de acuerdo al marco ético, político y económico del Estado de Derecho que se sostenga. Expondré los conceptos y fundamentos más relevantes de las propuestas igualitaristas y prioritaristas, las vinculaciones y tensiones internas y los efectos sobre los derechos sociales. Para concluir que, sin negar el carácter universal de los derechos sociales, el máximo disfrute de estos derechos exige un igualitarismo teleológico pluralista-prioritarista, que priorice estrategias de políticas públicas para ciertos colectivos más desaventajados, permitiéndoles mayor efectividad y pleno disfrute de sus derechos sociales en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades.*

Abstract: *This article discusses the best way to distribute economic resources in order to guarantee the effectiveness of social rights. The main concepts and foundations of egalitarian and prioritarian theories are explained, as well as their inner tensions and their relations to social rights theories. The main conclusion of this work states that the best theory for an optimal guarantee of social rights requires adopting a teleological and pluralist 'prioritarianism' and 'egalitarianism', taking into account that this theory does not deny the universality features of social rights. Public policies focused on disadvantaged groups should be adopted in order to effectively protect their social rights in conditions of fair equality of opportunities.*

Palabras clave: redistribución, derechos sociales, igualitarismo, prioritarismo, políticas públicas
Keywords: redistribution, social rights, egalitarianism, prioritarianism, public policy

1. PRESUPUESTOS CONCEPTUALES

El cómo distribuir recursos para desarrollar los derechos sociales es uno de los debates centrales sobre la exigibilidad y la efectividad de los mismos y la respuesta que se proponga se relaciona directamente con el marco ético, político y económico de Estado de Derecho que se sostenga y de la concepción ideológica que se adscriba respecto a las teorías de la justicia.

Parece obvio, también, que la forma idónea de distribuir recursos para desarrollar los derechos sociales tiene que ser igualitaria, pero no está tan claro qué es una metodología igualitaria ni cómo se logra una mejor distribución con criterios igualitaristas. No hay una única forma de ser igualitarista ni de distribuir igualitariamente, aun siendo coherentemente igualitarista, aunque sí se puede sostener que habría dos grandes estrategias de distribución y ambas con muy buenas justificaciones. Una de ellas argumenta que se debe perseguir la igualdad entre personas diferentes, mientras que la otra se decanta por establecer prioridades para quienes estén peor. La cuestión no es simple de dirimir, ni tampoco clarificar qué se entiende por igualar a los diferentes, por un lado, ni qué por establecer prioridades para los que peor estén. Pero, como son dos opciones diferentes e incompatibles, en principio por lo menos, es necesario asumir una posición clara frente a ellas y ésta resulta a la vez un buen criterio para identificar diferentes clases de igualitarismos.

Tanto la igualdad como la prioridad han sido las opciones más relevantes de la ética distributiva igualitaria, distribuir igualmente para todos o establecer ciertas prioridades entre las personas. Y, tanto una forma como otra, han sido también objeto de debates acalorados y de muchas incertezas, concretamente por las consecuencias prácticas que podían implicar, tanto la criticada homogeneización no sostenible carente de incentivos de la igualdad estricta hasta la prioridad reñida con la igualdad en todo sentido; ya que los prioritaristas no son necesariamente igualitaristas o no siempre pueden serlo. En efecto, ni la igualdad ni la prioridad son formas simples de distribución, sino que hay variadas formas de distribuir igualitariamente y diferentes maneras de establecer prioridades.

Desde este estado de la cuestión, mi propósito es desarrollar los argumentos centrales de las respuestas clásicas que se han dado a la distribución de recursos

para la efectividad y satisfacción de derechos, especialmente los derechos sociales mediante la implementación de políticas públicas, partiendo de que es posible identificar dos grandes alternativas igualitarias respecto a la forma de distribuir recursos, que aunque difieren mucho entre sí, ambas tienen potencialidad igualitaria: distribuir igualitariamente o distribuir estableciendo prioridades. Analizaré qué implica ser igualitarista y cuáles son las principales tesis que los igualitaristas defienden y qué implica ser prioritarista y cuáles son las estrategias de distribución prioritarias, para poder llegar a una conclusión que explique cómo tienen que ser repartidos los recursos en términos de derechos sociales si se pretende ser igualitario o, como matizo, se tiene intención de ser *coherentemente igualitario*. Defenderé, por ende, que lo relevante no es que la estrategia sea igualitaria, en términos de procedimiento, sino que los resultados a los que se arrije lo sean: que sea igualitario el ejercicio de los derechos sociales plasmado en la calidad de vida de todas las personas que conforman la población de un Estado¹.

2. LA REDISTRIBUCIÓN BAJO CRITERIOS IGUALITARIOS

El concepto igualitarista comprende a diferentes concepciones filosóficas, políticas, sociológicas y económicas preocupadas por la igualdad en sus diferentes esferas. Y la mayoría de estas discusiones filosóficas sobre la igualdad se basan generalmente en dos preguntas muy relacionadas: a- si la igualdad es algo realmente deseable, y (derivada de una respuesta afirmativa de ésta, por los igualitaristas al menos) b- qué clase de igualdad es la que sería deseable: de bienes primarios², de recursos³, de necesidades básicas

¹ No me refiero a ciudadanos/ciudadanas porque implica una categoría excluyente de los no-ciudadanos/nas en la concepción tradicional que condiciona conceptualmente ciudadanía a nacionalidad, como se hace actualmente en la mayoría de las legislaciones mundiales al respecto y en muchos de los abordajes teóricos.

² Respecto a la *igualdad de bienes*, concretamente igualdad de bienes sociales primarios de Rawls, consúltese de J. RAWLS, *A Theory of Justice. Revised Edition*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1999 y “Las libertades fundamentales y su prioridad” en S. McMURRIN (editor), *Libertad, igualdad y derecho. Las Conferencias Tanner sobre filosofía moral*, trad. de G. Valverde Gefaell, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 9-90. Igualmente, véase S. RIBOTTA, “Nueve conceptos clave para leer la teoría de la justicia de Rawls”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, num. XXVIII, 2012, pp. 207-237.

³ Con relación a la *igualdad de recursos* de Dworkin, véase R. DWORKIN, “What is Equality? Part 2: Equality of Resources”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, num. 4, 1981, pp. 283-345, citado por la traducción y reimpresión incluida en *Virtud soberana*, Capítulo 2: “Igualdad de recursos”, trad. de M. J. Bertomeu y F. Aguiar, Paidós, Barcelona, 2003(2000), p. 119.

satisfechas⁴, de oportunidades para el bienestar⁵, de capacidades y funcionamientos⁶, de acceso a las ventajas⁷, de posibilidades para el ejercicio de la libertad, etc. Así, aun dentro de los que le adjudican algún valor a la igualdad en sí misma hay importantes diferencias.

Pero la igualdad que nos preocupa, y que se vincula con los procedimientos redistributivos que fundamentan los derechos sociales, se relaciona con el *estar económicamente igual de bien de la gente*, en el sentido de disfrutar de una situación/condición que permita la libre elección de planes de vida y la realización de los mismos, en un entorno de sostenibilidad democrática y ecológica. En este sentido, Parfit diferencia dos principales formas de creer

⁴ Sobre las necesidades y la igualdad de necesidades básicas satisfechas como reclamo de derechos, véase M.J. AÑÓN ROIG, *Necesidades y Derechos. Un Ensayo de Fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; D. BRAYBROOKE, *Meeting Needs*, Princeton University Press, Princeton, 1987; L. DOYAL y I. GOUGH, *Teoría de las Necesidades Humanas*, trad. J. A. Moyano y A. Colás, Icaria y Fuhem, Barcelona, 1994; K. LEDERER (editor) y J. GALTUNG y D. ANTAL (colaboradores), *Human Needs. A Contribution to the Current Debate*, Oelgeschlager, Gunn & Hain Publishers, Cambridge-Massachusetts, 1980; F. STEWART, *Planning to Meet Basic Needs*, MacMillan Press, London, 1985 y S. RIBOTTA, "Necesidades, igualdad y justicia. Construyendo una propuesta igualitaria de necesidades básicas", *Derechos y Libertades*, num. 24, Época II, 2011, pp. 259-299.

⁵ Con relación a la *igualdad de oportunidades para el bienestar* de Arneson, véase R. ARNESON, "Equality and Equal Opportunity for Welfare", *Philosophical Studies*, vol. 56, num. 1, mayo 1989, pp. 77-93, "Postscript" en L. POJMAN y R. WESTMORELAND, *Equality. Selected Readings*, Oxford University Press, New York, 1997, pp. 238-241 y "Equality of Opportunity for Welfare Defended and Recanted", *The Journal of Political Philosophy*, vol. 7, num. 4, diciembre 1999, pp. 488-497. Igualmente, "Opportunity for Welfare, Priority, and Public Policy" en S. CULLENBERG y P. PATTANAIK (editores), *Globalization, Culture, and the Limits of the Market: Essays in Economics and Philosophy*, Oxford University Press, New Delhi, 2004, pp. 177-214 y "Welfare Should Be the Currency of Justice", *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 30, num. 4, diciembre 2000, pp. 497-524.

⁶ Respecto a la *igualdad de capacidades* o de capacidades básicas y funcionamientos de Sen, consúltese A. SEN, "¿Igualdad de qué?", en S. McMURRIN (editor), *Libertad, Igualdad y Derecho. Las Conferencias Tanner sobre Filosofía Moral*, trad. de G. Valverde Gefaell, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 133-156; "Capacidad y bienestar" en M. NUSSBAUM y A. SEN (compiladores), *La calidad de vida*, trad. de R. Reyes Mazzoni, Fondo de Cultura Económica, 1998 (1993), pp. 54-83 y *Desarrollo y Libertad*, trad. de E. Rabasco y L. Toharia, Planeta, Barcelona, 2000.

⁷ Sobre la *igualdad en el acceso a la ventaja* de Cohen, véase G. COHEN, "¿Igualdad de qué? Sobre el bienestar, los bienes y las capacidades" en M. NUSSBAUM y A. SEN (compiladores), *La calidad de vida*, citado, pp. 27-53; "On the Currency of Egalitarian Justice", *Ethics*, vol. 99, num. 4, Julio 1989, pp. 906-944, "Expensive Taste Rides Again" en BURLEY, Justine (editora), *Dworkin and his critics*, Blackwell Publishing, Oxford, 2004, pp. 3 a 29 y *Rescuing Justice and Equality*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 2008.

en la igualdad: la que defienden los llamados *igualitaristas teleológicos*, que creen que la desigualdad es mala y buscan la igualdad como una forma de llegar a resultados mejores, y la que sostienen los *igualitaristas deontológicos*, que creen que se debe perseguir la igualdad pero no para encontrar resultados mejores sino por alguna otra razón moral⁸. Y, aunque para la presente discusión me guiaré por la clasificación que propone y conceptualiza Parfit, es necesario aclarar que en el plano de la ética normativa, es decir, aquella que se ocupa de formular y justificar juicios morales, es común dividir las teorías éticas normativas en *deontológicas* o *formalistas* y teorías *teleológicas* o *consecuencialistas*, según se priorice lo bueno sobre lo correcto o al revés. En términos muy simplificados, las teorías deontológicas priorizarían lo correcto sobre lo bueno, juzgando las acciones en términos de sus cualidades intrínsecas según un esquema de deberes morales. Y, por el contrario, las teorías teleológicas priorizarían lo bueno sobre lo correcto, juzgando las acciones por sus consecuencias y por cómo éstas contribuyen a que se pueda considerar un estado de cosas como bueno. Esto se puede ver claro en la concepción de Kant, referente moderno de la concepción deontológica, para quien la ley moral no exige hacer el bien a los demás, sino más bien exige actuar únicamente de la forma que pudiéramos acordar racionalmente que debiera obrar cualquiera. De esta forma, se opone radicalmente a la concepción de que las consecuencias buenas determinan lo correcto, puesto que para determinar lo que es bueno habrá antes que determinar lo que es correcto, y de ahí la prioridad de lo correcto sobre lo bueno⁹.

Para los igualitaristas teleológicos, el principio de igualdad dice que *es en sí mismo malo que algunas personas estén económicamente peor que otras sin*

⁸ D. PARFIT, "Equality or Priority" en M. CLAYTON y A. WILLIAMS (eds.), *The Ideal of Equality*, Palgrave MacMillan, Hampshire, 2002, p. 84, nota 16. Esta terminología ya había sido utilizada anteriormente por L. TEMKIN, *Inequality*, Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 11, con un sentido bastante similar al expresado por Parfit, aunque Temkin reconoce que algunas formas de igualitarismo teleológico y deontológico podrían ser caracterizadas de forma diferente por otros autores.

⁹ Para Pettit es más adecuado utilizar la división entre *teorías consecuencialistas* y *no consecuencialistas* (o teleológicas y no teleológicas), aun cuando lo habitual sea identificar éstas últimas únicamente con las teorías deontológicas. Sobre estas distinciones y sus implicaciones, véase N. DAVIS, "La deontología contemporánea" en P. SINGER (editor), *Compendio de Ética*, Alianza, Madrid, 1995, pp. 291-307; J. MACKIE, *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*, trad. de T. Fernández Aúz, Gedisa, Barcelona, 2000, especialmente p. 169 y siguientes; C. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 382 y siguientes; y P. PETTIT, "El consecuencialismo" en P. SINGER (ed.), *Compendio de Ética*, citado, p. 323 a 336.

mediar culpa o propia elección¹⁰, por lo que cuestionan directamente la desigualdad. Entonces, admitiendo que en una sociedad determinada pudiéramos todos estar o igualmente bien o igualmente mal, el principio de igualdad no nos dice que es peor si todos estamos igualmente mal, sino que se refiere a la maldad de la desigualdad. Aunque puede ser obviamente peor si todos estuviéramos igualmente peor, pero esto ya no en términos igualitarios sino en términos comparativos, especialmente si consensuamos que *es en sí mismo mejor si las personas están económicamente mejor*; ya que cuando la gente está en promedio mejor, o recibe sumas netas más grandes de beneficios, se podría decir que habría mayor utilidad y mayores posibilidades de bienestar. En este sentido, resalta Cohen que tener dinero es tener libertad, ya que “una suma de dinero es una licencia para llevar a cabo una disyunción de conjunciones de acciones”¹¹. Los recursos monetarios en una sociedad capitalista como la que vivimos condicionan el ejercicio de las libertades, porque de manera proporcional mientras mayores recursos económicos dispongamos más posibilidades tendremos de ejercitar y disfrutar más libertades, al menos de manera formal y en contextos democrático-liberales.

Dentro de los *igualitaristas teleológicos*, Parfit diferencia entre los igualitaristas puros, que se ocupan únicamente de la igualdad, los utilitaristas puros, normalmente llamados utilitaristas, que se ocupan únicamente de la utilidad¹² y los igualitaristas pluralistas, que dan importancia a la igualdad y a la utilidad, ponderando ambos valores para decidir cuál es mejor, sosteniendo que es preferible tanto si hay más igualdad como si hay más utilidad. En este grupo se encuentran la mayoría de los autores igualitaristas teleológicos.

Igualmente, para todos ellos, el que sea malo para algunas personas estar económicamente peor que otras sin que medie culpa o elección por su parte conlleva una relevante limitación. Esta cláusula se explica desde la relación

¹⁰ D. PARFIT, “Equality or Priority”, cit., p. 84.

¹¹ G. COHEN, “Vuelta a los principios socialistas”, en *Razones para el socialismo*, R. GARGARELLA y F. OVEJERO (comp.), Paidós, Barcelona, 2001, pp. 153-170, especialmente p. 169.

¹² Incluir a los utilitaristas en los igualitaristas teleológicos no es un buen acierto, ya que los utilitaristas pueden alcanzar la igualdad como un resultado colateral o casual mientras persiguen la mayor utilidad, pero nunca a la inversa. No son estrictamente hablando un grupo igualitarista porque no persiguen de forma directa resultados igualitarios y entenderlos así puede llevar a equívocos. Aunque, es cierto, y esto constituye un matiz importante, se puede decir que hay un grupo de utilitaristas que tiene a la igualdad como criterio secundario o subsidiario, y también a la inversa, lo que de alguna manera permitiría hablar de *igualitaristas utilitaristas* y de *utilitaristas igualitaristas*, que a su vez podrían estar contemplados en la categoría de igualitaristas pluralistas.

entre la igualdad y la equidad comparativa, ya que será entendido como inequitativo y hará que la desigualdad entre ambos sea censurable cuando una persona está peor que otra sin deberse a su propia culpa o elección. Pero, a la vez, el que haya habido culpa o elección por parte de la persona que está peor no es necesario ni suficiente para la inequidad comparativa. Desde estos planteamientos, se puede sostener que las desigualdades inmerecidas son inequitativas, pero no que siempre ni que todas las desigualdades “merecidas” (por mediar elección o culpa) son equitativas. De esta forma, se deja margen a situaciones donde lo merecido o inmerecido puede ser valorado con criterios más profundos, al igual que la libertad en la elección y la voluntad para actuar.

Los llamados *igualitaristas deontológicos*, en cambio, consideran que se debe perseguir la igualdad no para encontrar resultados mejores sino por alguna otra razón moral; ya que entienden que no es en sí mismo bueno que las personas estén económicamente igual de bien o malo que no lo estén¹³. Algunos recurren a las típicas demandas de justicia, y concretamente de justicia comparativa, al afirmar que si la gente es injustamente tratada en sentido comparativo, lo será si son tratadas de forma diferente que a otras personas. Por ello, sería injusto que en una determinada distribución de recursos a algunas personas se les negara su parte; ya que la equidad requiere que si se dan ciertos bienes a algunos, también se les deben dar a todos. Otros apelan a la justicia *no comparativa*, que estrictamente remite al tratamiento de las personas según los méritos. Así, si la gente es injustamente tratada dependerá solamente de los hechos acerca de ellos, con independencia de si otras personas son tratadas o no de forma diferente.

Pero, pese a este marco explicativo, estas dos clases de justicia no son fáciles de distinguir y presentan complejas relaciones. Parfit entiende que la justicia no comparativa en algunas situaciones puede requerir que se produzca la igualdad, como en el caso de que todas las personas tuvieran los mismos méritos, ya que entonces se debería procurar que todas estuvieran igualmente bien como una consecuencia de dar a las personas lo que se merecen por sus hechos. En cambio, la justicia comparativa hace de la igualdad su objetivo, ya que considera injusto el trato diferente. Para facilitar este análisis, Parfit distingue entre la justicia *puramente procedimental* y la justicia en parte *sustantiva*, siguiendo criterios rawlsianos¹⁴. Así, define que la justicia es

¹³ D. PARFIT, “Equality or Priority”, cit., p. 88.

¹⁴ La justicia como equidad de Rawls establece en la posición original un procedimiento equitativo de justicia mediante el cual los principios de justicia que se elijan serán siempre

puramente procedimental cuando requiere que se actúe solamente de cierta forma –cuando un bien no puede ser distribuido y, por ello, se establece una especie de sorteo justo para dar a todas las personas la misma oportunidad de recibirlo–. La justicia en parte sustantiva puede llevar a requerir a veces un procedimiento, pero presenta un criterio independiente para decidir sobre lo que debe ser el resultado. Igualmente, Parfit señala un caso intermedio, en el que la justicia puede requerir ciertos resultados pero solamente como forma de evitar un defecto de procedimiento, como por ejemplo la parcialidad –distribuir ciertos bienes, como los públicos, de forma igualitaria para evitar favoritismos o discriminaciones–. Así, los igualitaristas deontológicos entienden que la desigualdad es injusta y por ende mala, pero referida a una especial clase de maldad que implica necesariamente un *mal hacer*. Cuando alegan que la desigualdad es injusta, no se refieren a la desigualdad en sí misma, como los igualitaristas teleológicos, ni tampoco estrictamente al estado de cosas, sino a la forma en que estos hechos se han producido.

Hay un caso claro en el que se diferencian ambas formas de igualitarismo, deontológico y teleológico, que es en el análisis de una desigualdad que no pueda evitarse. Para los deontológicos no puede haber injusticia si no hay nada que pueda ser hecho, como en el ejemplo de los talentos naturales, menciona Parfit. Si se es igualitarista deontológico no se debe creer que tales desigualdades son en sí mismas malas; ya que sólo si fuera posible distribuir talentos, sería injusto que se distribuyeran de forma desigualitaria, con lo cual no habría nada que lamentar en las desigualdades producidas por la mezcla de nuestros genes. Al contrario, algunos igualitaristas teleológicos

justos. Este concepto de justicia procedimental es producto de un determinado procedimiento situado en la posición original, que implica las circunstancias de la justicia, se apoya en las restricciones a las alternativas formales y las de conocimiento y presupone actitudes motivacionales en los individuos, a los fines de elaborar los principios de justicia que permitirían una sociedad bien ordenada. Rawls diferencia entre la *justicia procedimental perfecta* (es una simple división justa, donde existe un criterio independiente y previo de lo que es una división justa y donde el procedimiento produce el resultado buscado) y la *justicia procedimental imperfecta* (que tiene un criterio independiente y previo de lo que es un resultado justo pero no cuenta con un procedimiento que necesariamente conduzca a él), afirmando que la *justicia procedimental pura* “se obtiene cuando no hay un criterio independiente para el resultado correcto: en cambio hay un correcto o equitativo procedimiento tal que el resultado es igualmente correcto o equitativo, sea el que fuere, con tal que el procedimiento haya sido apropiadamente seguido”. J. RAWLS, *A Theory of Justice. Revised Edition*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1999, p. 74-75 y S. RIBOTTA, *John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia*, Dykinson, Madrid, 2009.

entienden que también son en sí mismas malas las desigualdades estimadas como inevitables, y sostienen que es injusto que algunas personas nazcan menos capaces o menos saludables que otras o la naturaleza otorgue a algunas personas recursos más ricos. Es este estado de cosas lo que es malo o injusto, y no sólo lo que se debe hacer o lo que se ha hecho mal como opinan los deontológicos¹⁵. Aunque el ejemplo es desatinado, porque no existen los *talentos innatos* sino que nacemos con *potencialidades de talentos* que sólo podremos desarrollar como talentos si disponemos de las adecuadas condiciones sociales y económicas que lo permitan, especialmente las llamadas *condiciones materiales de nuestros orígenes sociales*¹⁶. No veo por qué se tiene que entender que los talentos y la salud son bienes naturales y desvincularlos, por ello, de cosas que pueden ser hechas, y por ende: bien o mal hechas. Al estimar como inevitables las desigualdades que surgen de una redistribución de recursos anterior, como en el caso de la salud y hasta de los talentos en cierta medida, se parte del error conceptual de creer que es la naturaleza quien otorga más recursos a unas personas que a otras. Sin embargo, no es la naturaleza –o no sólo ella– la que realmente distribuye recursos y, con ellos, la posibilidad de obtener determinado estado de salud y dotación de talentos, sino las estructuras sociales, políticas, culturales y económicas en las cuales las personas estén situadas¹⁷. Así, sin negar la lotería natural, la contextualizo en el escenario de posibilidades para tener y desarrollar talentos, y para tener y desarrollar una buena salud y desde la concepción de las cosas que sí pueden ser hechas (política, económica o culturalmente) para permitir o impedir que las personas disfruten del ejercicio de talentos y de niveles adecuados de salud¹⁸.

A la vez, las diferencias apuntadas a grandes pinceladas entre los dos grandes tipos de igualitaristas, los teleológicos y los deontológicos, pueden disminuir en la práctica, y que tanto una como otra versión puede ser atacada o defendida

¹⁵ D. PARFIT, "Equality or Priority", cit., p. 90.

¹⁶ S. RIBOTTA, "Igualdad de oportunidades y talentos en escenarios de injusticia social", *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 2010, num. 219, pp. 61-84.

¹⁷ S. RIBOTTA, *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, especialmente Capítulo 5.

¹⁸ Véase la discusión sobre los condicionantes sociales de la salud, en C. LEMA AÑÓN, *Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Dykinson, Madrid, 2009, especialmente capítulo IV sobre "La desigualdad en salud y los condicionantes sociales de la salud", pp. 231-271. Igualmente, G. WILKINSON, *Unhealthy Societies. The Afflictions of Inequality*, Routledge, London, 1996.

de múltiples formas, ya que también cada uno de estos tipos de igualitarismos tiene diferentes versiones¹⁹. Los igualitaristas teleológicos, por su parte, tienen un campo de aplicación más amplio; ya que si se piensa que es en sí mismo malo que algunas personas estén peor que otras, se cree que es malo independientemente de quienes sean estas personas. Es irrelevante, entonces, que estas personas vivan en la misma comunidad o no, y también en qué es en lo que están peor –menos fortuna, peor salud, etc–. Así, se entiende que es mala cualquier desigualdad si es inmerecida y no ha sido elegida –cuando no medie culpa ni sea fruto de una opción personal–. Y, obviamente, por la misma idea de desigualdad como intrínsecamente mala, tampoco es relevante el cómo surgió esa desigualdad o cómo llegamos a ella. Pero no todos los igualitaristas deontológicos estarían de acuerdo con estas características, aunque es cierto que hay muchas versiones dentro de este enfoque. Se puede decir que, en términos generales, un gran grupo sería contractualista y, por ello, apelarían a ideas de reciprocidad o beneficio mutuo. Hay algunas versiones dentro de este grupo que afirman que cuando los bienes son producidos cooperativamente y nadie tiene derechos especiales sobre ellos, todos los contribuyentes deberían recibir partes iguales. Y señalan dos restricciones: a) que el reparto fuera solamente de los frutos que se han obtenido por la cooperación, dejando fuera a otros bienes como los que proceden de la naturaleza; y b) que esta distribución sólo se aplique a quienes han producido estos bienes, quedando fuera y sin derecho a reclamo los que no participan o no pueden participar del proceso productivo –como los niños, las personas con discapacidad o las generaciones futuras²⁰–.

¹⁹ D. PARFIT, “Equality or Priority”, cit., p. 94.

²⁰ Con respecto a los casos que no participan o no pueden participar del proceso productivo, critico el prejuicio que se mantiene sobre las personas con discapacidad y los niños/las niñas. Claro que pueden participar del proceso productivo y beneficiarse de sus resultados. Aunque siempre la participación de todas las personas tendrá la salvedad de estar adaptada a su capacidad personal o a las posibilidades de participación, algo que pasa con todos los seres humanos. A la vez, la participación de todas las personas, y especialmente de las personas con discapacidades, están fuertemente influidas por las capacidades económicas, sociales y políticas de la sociedad en la que viva, la infraestructura y tecnología que puedan disponer las personas *realmente*, entre otros factores que sí van a ser los determinantes para que las personas con discapacidades puedan participar en mayor o menor medida en la vida cívica y productiva de su núcleo social. Con respecto a los niños, la situación del trabajo infantil que se vive especialmente en los países no desarrollados o en vías de desarrollo –y en menor medida, obviamente, pero también en los países desarrollados–, hace replantear también este supuesto. Confróntese con S. RIBOTTA, *John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia*, Dykinson, Madrid, 2009, donde critico una posición similar mantenida por Rawls en su teoría de la justicia al definir al grupo de los menos aventajados y considerar que todas las personas presentan las mis-

Otras versiones son menos restrictivas en este sentido, pero entienden que la distribución igualitaria se debe aplicar –solamente– a todos los miembros de una misma comunidad y sobre todos los tipos de bienes, dejando fuera a los que no son miembros de esa comunidad aunque puedan estar peor que los miembros que están dentro de ésta. Para esta teoría, el problema de la desigualdad se presenta dentro de la misma comunidad y es irrelevante la desigualdad entre las distintas comunidades. Esta restricción tiene gran importancia porque las grandes desigualdades, precisamente, son a nivel global y la comparación entre comunidades es de vital relevancia. Como advierte Parfit, esta restricción puede hacer que “si los igualitaristas se oponen a la desigualdad solamente dentro de comunidades particulares, su visión podría, en una escala global, ser considerada *menos* redistributiva que una visión utilitarista”²¹. Igualmente, el mismo concepto de comunidad plantea serios interrogantes, porque podría ser entendido, por ejemplo que dentro de un mismo Estado los ciudadanos nativos forman una comunidad y los inmigrantes otra, los que hablan un idioma –el oficial, por ejemplo– forman una comunidad y las otras personas otra comunidad. En síntesis, que diferentes grupos puedan ser entendidos de diferentes comunidades aunque convivan en la misma sociedad. Y, por qué no, en un análisis muy extremista pero no imposible para el horizonte contemporáneo, que los menos afortunados económicamente –los pobres– puedan ser considerados una *comunidad* diferente de los más afortunados –los ricos–. Y si esto parece una exageración del juego teórico de ejemplos de laboratorio, basta con relacionar las *categorías sospechosas* con la situación económica que tengan las personas involucradas y podemos observar cómo y de qué forma éstas han sido tratadas²².

mas necesidades físicas y capacidades psicológicas dentro de parámetros normales, dejando explícitamente fuera a situaciones especiales como las debilidades mentales y los problemas de salud. J. RAWLS, *A Theory of Justice ...*, cit., p. 83. Sobre el tema específico de personas con discapacidad remito a C. BARNES, y G. MERCER, *Disability*, Polity Press, Cambridge, 2003; J. MORRIS, *Pride against prejudice. A Personal Politics of Disability*, Women’s Press Ltd., London, 1991; M. OLIVER, *Understanding Disability. From theory to practice*, Palgrave, Malasia, 1996; y A. SILVERS, D. WASSERMAN y M. MAHOWALD, *Disability, Difference, Discrimination. Perspective on Justice in Bioethics and Public Policy*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 1998 y A. PALACIOS, “The Social Model in the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Age of Human Rights Journal*, num. 4, 2015, pp. 91-110. Respecto al tema de las generaciones futuras, véase C. LEMA AÑÓN, “La reciprocidad indirecta y las generaciones futuras”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, num. 31, 2015, pp. 203-226.

²¹ D. PARFIT, “Equality or Priority”, cit., p. 95.

²² La discriminación puede existir por motivos de nacionalidad, de etnia, de sexo, de género, de orientación sexual, de religión, de discapacidades-capacidades, de salud, de con-

3. LA REDISTRIBUCIÓN BAJO CRITERIOS PRIORITARISTAS

Como se desprende de la misma lógica distributiva, los prioritaristas establecen prioridades a la hora de hacer distribuciones. Pero, como pasaba con los igualitarios, tampoco resulta tan sencillo definir en qué creen los prioritaristas. Se puede decir, de todas formas, que distribuir por igual o estableciendo prioridades pueden ser dos formas igualitarias de distribuir, aunque no siempre repartiendo por igual se es igualitario ni estableciendo prioridades se garantiza que los resultados sean indudablemente igualitarios.

Los que establecen prioridades suelen mostrarse preocupados por los que están peor en una determinada situación, o los que tienen las necesidades más urgentes. Algunos aplican este enfoque pensando sólo en dos grupos de más y menos aventajados, mientras que Parfit prefiere definir el *enfoque prioritarista* desde una versión más amplia, donde resulte más relevante beneficiar a las personas cuanto peor estas personas estén. A diferencia de los utilitaristas, para los cuales la importancia moral de cada beneficio depende solamente de cuán grandes estos beneficios puedan ser, los prioritaristas no dan igual importancia a beneficios iguales con independencia de quien los vaya a recibir, sino que privilegian los beneficios para las personas que están peor, aunque no siempre de manera absoluta. Parfit considera que en términos rawlsianos el enfoque sería intuicionista como el igualitarista pluralista; ya que no establece

diciones sociales, entre otras, como claramente ejemplifican las *categorías sospechosas*. Pero, éstas se ven agravadas cuando se combinan con la omnipresente discriminación por motivos de pobreza y desigualdades económicas, donde la discriminación y la exclusión que ya sufrían las personas por las típicas categorías sospechosas se duplica, triplica o cuadruplica por la coincidencia de pertenecer a un grupo desfavorecido económicamente. Así, se puede afirmar que existen *combinaciones agravantes de discriminación* cuando se suma a situaciones de discriminación la circunstancia de presentarse *junto a o coincidiendo* en una persona desaventajada económicamente. Véase S. RIBOTTA, "Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad y la vulnerabilidad de las y los latinoamericanos pobres para el acceso a la justicia", *Revista Electrónica Iberoamericana (REIB)*, Volumen 6, año 2012, pp. 77-114. El tema también se vincula al *criterio de interseccionalidad* del derecho antidiscriminatorio, consultar en C. EXPÓSITO MOLINA, "¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España, *Investigaciones Feministas*, 2012, Vol 3, pp. 203-222, http://dx.doi.org/10.5209/rev_INFE.2012.v3.41146; M.D. MORONDO TARAMUNDI, "Between Islamophobia and Post-feminist Agency: Intersectional Trouble in the European Face-Veil Bans", *Feminist Review*, num. 110, 2015, pp. 55-67 y M.D. MORONDO TARAMUNDI y M.A. BARRÈRE UNZUETA, "Subdiscriminación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, num. 45, 2011, pp. 15-42.

cuánto de prioridad se debe dar a los que están peor, sino que refieren que los beneficios de los que estén peor deberían ser moralmente mayores que los beneficios suficientes para los que estén mejor. Y, para decidir qué debería ser suficiente, tendríamos que usar simplemente nuestros juicios.

Respecto a la igualdad, los prioritarios pueden adoptar tanto una visión deontológica (sosteniendo que no es en sí mismo bueno que las personas estén económicamente igual de bien o malo que no lo estén) como teleológica (creer que la desigualdad es mala, y buscar la igualdad como una forma de llegar a mejores resultados), ya que en ambas versiones igualitarias el análisis es similar. La cuestión radica en que el enfoque prioritarista se diferencia claramente de un enfoque igualitario, aunque podría resultar que la idea de beneficiar a aquellos que están peor no suponga una teoría diferente de la que compartirían los igualitaristas. La diferencia radica, en cambio, en por qué damos prioridad. Si se hace para beneficiar a los que están mejor (o peor) llegando a formas más igualitarias de distribución reduciendo la desigualdad, se es igualitarista (tanto desde los teleológicos como desde los deontológicos). Pero, el enfoque prioritarista, tal como lo define Parfit, no cree estrictamente en la igualdad ni cree que sea malo o injusto que unas personas estén peor que otras. El enfoque prioritarista privilegia beneficios para los que están peor, pero sólo porque están en un *nivel inferior absoluto*, independientemente de la situación de otras personas. Aunque, como discutiré, no queda entonces claro qué situaciones se toman de referencia para situar a alguien en un nivel inferior si no se lo hace en comparación o en relación a otro que no lo sea²³. Temkin entiende que los prioritaristas, generalmente, quieren que todas las personas estén tan bien económicamente como sea posible, aunque le dan mayor peso en sus decisiones morales a los que están peor²⁴. Con ello, tienden a favorecer las mejoras destinadas a las personas que están económicamente peor, pese a que puede implicar una pérdida de bienestar total.

De todos modos, la pregunta central para profundizar en la postura prioritarista, es ¿a quién se le debería dar prioridad? Parfit encuentra tres respuestas:

1. a aquellos que están económicamente peor, considerando en general todos los aspectos de su vida.

²³ Parfit sugiere que se pueden encontrar algunos prioritaristas preocupados por la igualdad que podrían ser entendidos como igualitaristas, aunque siempre como igualitaristas no relacionales.

²⁴ L. TEMKIN, "Equality, Priority or What?", *Economics and Philosophy*, num. 19, 2003, pp. 61 a 72, especialmente p. 64.

2. a aquellos que actualmente están económicamente peor.
3. a aquellos que tienen necesidades que son moralmente más urgentes.

Desde estas tres situaciones, analiza que (2) y (3) generalmente coinciden a diferencia de (1) y (2); ya que alguien podría estar actualmente mal en términos económicos y haber estado antes mucho mejor o poder estarlo en el futuro²⁵. En cambio, si algunas personas tienen necesidades más urgentes es que actualmente están peor. Con respecto a este último caso, esta relación no se da siempre, ya que por ejemplo: *A* tiene una situación económica aventajada pero padece una grave enfermedad para la cual requiere de manera urgente un determinado tratamiento muy complejo, mientras que *B* es una persona sana pero con menos fortuna que vive en condiciones de indigencia. La necesidad de *A* por un complejo y costoso tratamiento puede ser entendida como más urgente que cualquiera de las necesidades de *B* que es el que peor está económicamente, si consideramos que toda la situación de *A* está mejor, salvo su enfermedad.

Nagel recuerda que estas disputas resultan problemáticas porque todas son demandas de individuos que reclaman ser tenidas en cuenta²⁶. La cuestión central implica dilucidar:

- si los que están peor económicamente tienen un derecho prioritario,
- si la imposición de este reclamo podría ignorar las más grandes demandas de otras personas que no se encuentran entre los peores situados (y que son quienes se beneficiarían significativamente si una política menos igualitaria fuera adoptada),
- o si esto violaría los reclamos de otras personas a la libertad y a la protección de sus derechos.

Esta cuestión, para Nagel, es una disputa acerca del valor de la igualdad pero también acerca de cómo la gente debe ser tratada en forma igual y no sólo sobre si debe ser tratada de forma igual. Se parte del supuesto de la igualdad moral entre los individuos, pero la interpretación no es la misma. Por su parte, sostiene que la base moral verdadera de las demandas tendría que responder a un principio esencialmente igualitario, entendiendo que, por ello mismo, se le debería dar prioridad a las necesidades individuales más urgentes sobre las menos urgentes. Lo que exigiría establecer un orden de prioridades entre las necesidades dando preferencia a las más urgentes sin tener en cuenta las cantidades. Una posible solución podría ser, para Nagel, colocar en primer lugar las

²⁵ D. PARFIT, "Equality or Priority", cit., p. 101.

²⁶ T. NAGEL, *Mortal Questions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, p. 111.

demandas más básicas desde la consideración de todos y luego las demandas próximas a las más básicas, también desde la consideración de todos²⁷, aunque reconoce que este orden de prioridades no resolverá todos los conflictos pero puede constituir un buen comienzo. Por consiguiente, en contraste con la teoría de los derechos, entiende que los reclamos individuales no están limitados a restricciones especiales sobre cómo podrían ser tratados, con lo que considera que un orden apropiado de prioridad podría incluir la mayor de las protecciones frente a las desgracias más básicas. Y, uno de los problemas centrales en el desarrollo de estas ideas es la definición del orden de prioridad: si debería ser usado un simple y objetivo estándar de urgencia en la valoración de las demandas de cada persona, o si sus intereses deberían ser clasificados según la propia estimación que éstos hagan de su relativa importancia.

Para Parfit, este enfoque de Nagel implica que debemos dar prioridad a las necesidades antes que a las personas, ya que las más urgentes necesidades de alguien que, considerando todos los aspectos, está mejor, tiene prioridad sobre las menos urgentes necesidades de alguien que está peor. Así, las necesidades de *A* podrían ahora ser más urgentes que las de *B*, aunque considerando toda su vida *A* haya estado o vaya a estar mucho mejor que *B*. Si damos prioridad a las más urgentes necesidades debemos ayudar a *A*, pero si damos prioridad a los que estén peor debemos ayudar a *B*. Parfit asume que en el enfoque prioritarista se debe dar prioridad al beneficio de las personas que peor están, antes que satisfacer necesidades especiales aunque sean más urgentes.

Pero, de todos modos, cuando hablamos de que alguien está mejor o peor nos estamos refiriendo a mejor y peor en sentido económico, a una valoración sobre la posición o situación económica de una persona. Por lo tanto, se podría asumir que quien está mejor económicamente no hará un *reclamo* de necesidad insatisfecha como *urgente* que requiere *prioridad* para la distribución de recursos. Pero no porque la necesidad en sí misma no deba ser valorada como urgente, sino porque esta persona como está mejor económicamente podrá encontrar –entre sus propios recursos materiales o sociales– los satisfactores para su necesidad y ésta tendrá menos probabilidades de llegar a ser urgente (en términos de que su satisfacción se reclama como urgente porque está siendo insatisfecha). Puede haber algunas excepciones como en casos extremos de fuerza mayor, catástrofes o desastres naturales, o cuestiones relacionadas a la salud como trasplantes u operaciones urgentes, pero donde lo *urgente* estaría definido por las características del bien nece-

²⁷ Ídem, p. 117.

sitado y no se relacionaría estrictamente con la no disponibilidad de recursos materiales para obtenerlo o por imposibilidades de las condiciones de mercado. Es importante también matizar que esta posibilidad de afrontar las necesidades con suficiencia será directamente proporcional al nivel efectivo de bienestar económico, con lo que mientras mayor sea el nivel económico que goce una persona mayores serán sus posibilidades directas o indirectas de afrontar satisfactoriamente una demanda de necesidad, sea ésta de la clase que sea. A la vez, mientras menor nivel económico tenga una persona, menores serán sus posibilidades directas o indirectas de poder satisfacer sus necesidades, aún las más básicas. Así, entendemos que los casos generales de necesidades básicas que son consideradas urgentes por el daño que ocasionaría su no satisfacción, están ampliamente relacionadas con la situación económica de las personas. Con lo cual, en principio –pero también en abstracto– es posible acordar con Parfit y con Nagel, pero desde el momento que se hace jugar el ejemplo con la realidad social, los argumentos se diluyen.

Una determinada necesidad es igual o puede serlo –o, mejor dicho, se siente o percibe igual o significa igual– independientemente de cuál sea la situación económica de la persona que la sufra, obviamente²⁸. Tiene hambre tanto el rico como el pobre, ambos tienen mucha hambre si hace tiempo que no ingieren alimentos, y ambos pueden morir de hambre si no ingieren alimentos en determinado tiempo. Pero, depende de la situación económica en que se encuentre la persona que padece una necesidad, la que hará que ésta se transforme en un reclamo de necesidad que por sí misma ella pueda atender o no, y por lo tanto pueda llegar a ser urgente o no. El hambre del rico y del pobre es igual, o puede serlo, pero el rico tiene muchas más posibilidades en recursos para saciarla. Recursos materiales o económicos directamente –comprar comida–, recursos de redes sociales que pueden ofrecérsela –un entorno social que tendrá recursos para ayudarlo, como familiares o amigos– y una red institucional que podrá socorrerle con menos dificultades –como créditos bancarios–. Y, en el ejemplo puesto, hasta una determinada situación orgánica diferente que le permitirá soportar con mayor resistencia la necesidad y ésta tardará más tiempo en convertirse en urgente. Por consiguiente, cuando la necesidad aparece, sea o no urgente, es satisfecha o tiene una alta probabilidad de serlo, sin generar un reclamo especial ni un conflicto de redistribución. En cambio, la persona pobre o desaventajada económicamente no tendrá recursos

²⁸ Ver S. RIBOTTA, “Necesidades, igualdad y justicia. Construyendo una propuesta igualitaria de necesidades básicas”, cit.

materiales ni económicos para saciarla, o tendrá muchos menos. Y en la misma situación, generalmente, estará su entorno social, con lo cual tendrá muy limitada la red institucional y hasta su situación orgánica le será seguramente desfavorable, salvo en Estados Sociales consolidados y con garantías de efectividad de derechos sociales y políticas públicas sólidas y eficaces. Así, cuando una persona tiene una determinada necesidad o necesidad urgente y no tiene los medios suficientes –de forma directa o indirecta– para proveerse los recursos adecuados que la satisfagan, es cuando realmente se conforma como un reclamo de necesidad *urgente* que *debe* ser atendido.

Así, las personas que actualmente están peor económicamente tienen grandes probabilidades de también estar peor considerando todos los aspectos de su vida que definen su situación económica y serán los que más probabilidades presenten de tener las necesidades más urgentes. Por consiguiente, los que presenten necesidades más urgentes, salvo catástrofes o urgencias médicas o de otra índole, serán seguramente los que están actualmente peor económicamente, y generalmente estarán peor económicamente considerando todos los aspectos de su vida. Para hacer jugar conclusiones, se puede discutir sobre algunos casos ejemplo que permitan dimensionar lo complejo de analizar cuándo y por qué una necesidad puede ser más urgente y las múltiples variables a considerar en la valoración de las mismas. Para estos ejemplos, supongo que representamos una institución estatal o supra-estatal internacional, que tenemos unos determinados y finitos bienes a distribuir y que debemos hacerlo privilegiando necesidades urgentes:

Situación A): Identificar la necesidad más urgente cuando se enfrentan dos necesidades básicas iguales o similares, y que hay que valorar en qué contexto o para quién resulta más urgente, como:

1. X tiene 8 años, es analfabeta y pertenece a una familia pobre, que reclama por su necesidad de educación.
2. Y tiene 17 años, es analfabeta, su familia goza de buena situación económica pero, por motivos religiosos y culturales no ha ido a la escuela. Reclama por su necesidad de educación.

Situación B): Identificar la necesidad más urgente en el caso de enfrentarse dos necesidades diferentes pero que ambas pueden ser consideradas como básicas:

1. X tiene 8 años, es analfabeta y pertenece a una familia pobre, que reclama por su necesidad de educación.

2. Y tiene 8 años, no ha sido vacunada contra ninguna enfermedad prevenible, y que reclama por su necesidad a la salud y a la prevención de enfermedades.

Situación C): Identificar la necesidad más urgente cuando las necesidades se presentan en la misma persona, señalando a cuál de estas necesidades atender primero:

1. X tiene 8 años, es analfabeta y pertenece a una familia pobre, que reclama por su necesidad de educación.
2. Y tiene 8 años, no ha sido vacunada contra ninguna enfermedad prevenible, y reclama por su necesidad a la salud y a la prevención de enfermedades.

Situación D): Identificar la necesidad más urgente cuando ambas se refieren a necesidades básicas, pero una es de eclosión inmediata y la otra es crónica. En estas situaciones hay que decidir de qué manera influyen los criterios temporales en el modo en que la necesidad se manifiesta para determinar la urgencia de una necesidad. En las situaciones donde la necesidad se presenta como de eclosión inmediata no se valora si la persona tiene en general o considerando toda su situación personal y económica posibilidades o recursos para hacer frente a la situación, sino que en este momento concreto y por razones que le exceden, se deban o no a su responsabilidad, reclama una determinada necesidad como urgente:

1. X se ha perdido en una montaña mientras hacía alpinismo. Es un ingeniero de buena situación económica pero sufre de diabetes y es insulino dependiente. Necesita que le rescaten para salvar su vida.
2. Y vive en una zona muy humilde, contigua a un río que suele inundar las infra-viviendas que hay en sus márgenes. No tiene posibilidades de vivir en otro lugar, por las políticas de propiedad de la tierra y sus bajísimos ingresos como jornalero rural. En cada inundación pierde las pocas pertenencias que tiene y contrae peligrosas enfermedades, que sumadas a su edad y a la fragilidad general de su salud hacen peligrar su vida. Necesita que le rescaten para salvar su vida.

Situación E): El caso de una situación similar a la D) pero donde los elementos para determinar la urgencia de la temporalidad se encuentran impli-

cados en el tipo de necesidad de que se trate y en la situación general donde la persona experimenta o sufre esa necesidad, como:

1. X es un joven iraní que estudiaba arte en Estados Unidos. Actualmente se encuentra preso en Guantánamo desde hace 11 años y medio, sin saber de qué se le acusa, sin tener contacto con sus familiares, ni poder ejercer su derecho de defensa y sometido a un trato vejatorio. Necesita recursos económicos para ejercer su derecho a una tutela efectiva (un abogado y medios para el juicio) que le garantice su vida y le permita salir libre.
2. Y es una joven boliviana, del pueblo aymará. Vive en un entorno rural muy pobre. Hace unos años contrajo mal de chagas. Desde entonces ha tenido graves e importantes problemas de salud que complican su calidad de vida y comprometen seriamente su crecimiento. Necesita recursos económicos para realizarse un tratamiento médico adecuado y obtener las medicinas.

Situación F): Identificar la necesidad más urgente cuando ambas se refieren a necesidades básicas, ya se refiera a la misma necesidad o no, pero una es implicancia individual y la otra es colectiva. Lo distintivo de este tipo de situaciones es la valoración sobre la relevancia (o no) de la cantidad de personas que están involucradas en la necesidad y si hay relación directa entre la cantidad de personas implicadas y su consideración como reclamo urgencia por este motivo²⁹, como:

1. X es un niño de 6 años, sin familia, que vive abandonado en las calles de una favela de Sao Pablo en Brasil. Es analfabeto, tiene dependencia al pegamento y presenta grado III de desnutrición. Necesita alimento y contexto adecuado de desarrollo.
2. Y junto a su familia compuesta por 17 miembros de los cuales 8 son menores de 10 años viven en Níger en medio de una desesperante hambruna donde sobreviven comiendo los granos que le arrebatan a las termitas. Necesitan alimento y contexto adecuado de desarrollo.

²⁹ Esta discusión se vincula con la llamada *importancia de los números* y que pretende discutir sobre la relevancia o no de la cantidad, de los números, en términos de dignidad humana. Confróntese con T. NAGEL, Thomas, *Mortal Questions*, cit., pp. 121-125, E. GARZÓN VALDÉS, "Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?", en E. BULYGIN, *El positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2006; J. SANDERS, "Why the Numbers Should Sometimes Count", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 17, num. 1, 1988, pp. 3-14; y J. TAUREK, "Should the Numbers Count?", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 6, num. 4, 1977, pp. 293-316.

Todas estas situaciones muestran opciones reales que deberían contemplarse en los análisis teóricos, ya que permiten cuestionarse qué significa e implica la *urgencia* de determinada necesidad, la confrontación y prevalencia de necesidades y la relevancia de contar con criterios relativamente objetivos, imparciales y adecuados para la valoración de las mismas. Las respuestas a estas cuestiones, obviamente, son variadas, conflictivas y diversas; aunque lo más relevante no son las prioridades en sí mismas que se puedan acordar sobre las situaciones planteadas sino el poder escenificar cómo la posibilidad de priorizar necesidades y situaciones de las personas que estén peor económicamente –ya sea considerando en general todos los aspectos de su vida, los que actualmente estén peor o los que presenten las necesidades más urgentes, como dice Parfit; o, simplemente, con las necesidades más urgentes, como analiza Nagel– impactan en el desarrollo de sus vidas y en la justicia/injusticia de las decisiones adoptadas. La valoración requiere, por lo tanto, análisis más profundos y nada pacíficos y criterios que contemplen consideraciones más realistas; ya que fundamentarán y justificarán otorgamientos concretos de los derechos sociales a los que se refieran o de las políticas públicas de que se traten. Aunque lo complejo de estas valoraciones es que exigen que se tengan resueltas algunas cuestiones teóricas previas y que son, por sí mismas, también complejas: como adoptar una concreta teoría de necesidades básicas y una postura sobre la discusión utilitarista de si los números son relevantes para las decisiones de justicia. Asumir que la prioridad la tendrá el que está peor, bajo inferiores absolutos o que presenta las necesidades más urgentes, aún ubicándonos en un contexto social igualitario y donde no se permitan discriminaciones, en abstracto, no resuelve el dilema de jerarquía entre las necesidades ni su disputa frente a los gustos caros, ni tampoco ofrece una respuesta cuando nos enfrentamos a demandas individuales y sociales. Ni, en todo caso, exime que se tengan que tomar decisiones trágicas altamente cuestionables y que requieran una mayor justificación para no percibirse como arbitrarias, como buscar la fundamentación en políticas generales de contexto internacional.

Por último, también aporta luz sobre la cuestión de las prioridades, los argumentos sobre la responsabilidad de los agentes en el desarrollo de sus vidas y en la incidencia de las situaciones que generan reclamos de necesidades sobre políticas públicas concretas. Arneson argumenta desde una posición prioritarista, que lo que la justicia requiere es que maximicemos la función del bienestar humano para dar prioridad al mejoramiento del bienestar de aque-

llos más desventajados, que son quienes están peor económicamente *pero* que *no* son esencialmente *responsables* de su condición por actos previos de su conducta³⁰. Sostiene que el prioritarismo es igualitario con respecto al peor situado económicamente, pero no en comparación con otras personas porque no es relacional, sino que sólo se preocupa por el que está peor económicamente por entender que es más urgente el imperativo moral de ayudarlo. Por ello, advierte, no se debería relacionar esta situación con la pena o la envidia, pero sí con el grado de responsabilidad que la persona peor/mejor situada económicamente tiene de la situación en que se encuentra. Así, en su propuesta de la *responsabilidad al servicio de la prioridad*, el valor moral de alterar un estado de cosas de forma que influya en los mejores o en los peores situados económicamente depende, entre otras cosas, del grado de responsabilidad que la persona tenga de su presente situación. Sostiene, entonces, que es moralmente más relevante otorgar una ganancia en bienestar a una persona con unas determinadas perspectivas de bienestar, si ella es menos que más responsable de su condición presente, asumiendo que ésta es mala. En sentido similar, es menos disvalioso moralmente provocar una pérdida en bienestar a una persona con unas determinadas perspectivas de bienestar, si ella es menos que más responsable de su condición presente, asumiendo que ésta es buena. El planteo sería que de dos situaciones personales que disfrutan dos personas que no han hecho demasiado, desde su responsabilidad y sus opciones personales para obtener su presente situación, pero una disfruta de una condición económica buena y la otra mala, desde la propuesta de Arneson es moralmente relevante otorgar ventajas en bienestar a la persona que está en mala situación y no es tan disvalioso el quitarle ventajas a la que está en buena situación. A contrario, parece decirnos que sí sería disvalioso quitarle ventajas si éstas son fruto directo de su responsabilidad y que no sería moralmente relevante darle ventajas a alguien que está en mala situación si es debida al ejercicio de su responsabilidad. Esta postura modifica la visión prioritarista en los términos que la venía definiendo Parfit, ya que para justificar la prioridad, Arneson señala que es necesario pero no suficiente que la persona sea el peor situado económicamente, y que no da prioridad al que está económicamente peor sólo porque se encuentra en la

³⁰ A través de la *responsibility-catering prioritarism*, Arneson explica su propuesta para corregir el prioritarismo. Véase R. ARNESON, "Rawls, Responsibility, and Distributive Justice" en M. FLEURBAEY, M. SALLES y J. WEYMARK (eds.), *Justice, Political Liberalism, and Utilitarianism: Themes from Harsanyi and Rawls*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008 y R. ARNESON, "Equality of Opportunity for Welfare Defended and Recanted", *The Journal of Political Philosophy*, vol. 7, num. 4, diciembre 1999, pp. 488-497.

más baja de las situaciones, sino porque no es responsable por ella. Pero, si lo fuera, para Arneson ya no sería al menos tan urgente el imperativo moral de otorgarle prioridad.

4. TENSIONES ENTRE IGUALITARISTAS Y PRIORITARISTAS

Igualitaristas y prioritaristas tienen implicaciones en principio incompatibles, aunque muchas veces pueden arribar a conclusiones similares con argumentos diferentes; ya que mientras los igualitaristas se preocupan de cuál es el nivel de una persona comparado con el de otras, para los prioritarios sólo es preciso preocuparse por los niveles absolutos de las personas. Pero, esta distinción entre igualitarios y prioritarios y todas sus implicaciones, no fue siempre tenida seriamente en cuenta.

Parfit recuerda que en las primeras luchas por la igualdad se reclamaba igualdad legal, política o formal, igualdad ante privilegios arbitrarios, igualdad de derechos; mientras que la distinción entre igualitaristas y prioritaristas se aplica a la igualdad económica o al bienestar de las personas. A la vez, cuando los igualitaristas entendían que si se conseguía la igualdad se incrementaría la suma total de los bienes o que, por lo menos, no disminuirían, también la redistribución de recursos debería mejorar los beneficios resultantes en términos utilitaristas, con lo que igualdad y prioridad no entraban en conflicto. También, los igualitaristas suponían que aunque un cambio hacia la igualdad podría reducir la suma total de beneficios, traería al menos algunas ganancias para las personas que estaban peor económicamente. Y, como los igualitaristas no tuvieron especialmente en cuenta los casos en que la igualdad sólo podía ser conseguida nivelando a la baja, igualitarios y prioritarios no tenían grandes conflictos³¹. Ello condujo a confusiones en autores que creyendo que defendían la igualdad estaban, realmente, en posiciones prioritarias. O, que simplemente, no hacían esta diferencia con precisión.

Por ello, Temkin refiere que por mucho tiempo los no igualitaristas argumentaron que se debían rechazar las versiones del igualitarismo *no instrumental* que entendía la igualdad como equidad comparativa, promocionando el enfoque prioritarista³². Esto hizo renegar del igualitarismo a muchos auto-

³¹ D. PARFIT, "Equality or Priority", cit., p. 107. Sobre las relaciones entre igualitaristas deontológicos y teleológicos y sus implicaciones, véase R. NORMAN, "The Social Basis of Equality", *Ratio (new series)*, X3, diciembre, 1997, pp. 238-252.

³² L. TEMKIN, "Equality, Priority or What?", cit., p. 63.

res que antes habían sido reconocidos como importantes igualitaristas. Parte de esta confusión o falta de precisión para definir a igualitaristas y prioritaristas, sostiene Temkin, se relaciona con que algunos autores mantienen una visión amplia de la noción de igualitarismo que incluye tanto a los igualitaristas –en la versión no instrumental– y a los prioritaristas –en el enfoque no comparativo–. Por ello, lo que es necesario aclarar, afirma, es que los prioritaristas no son *genuinos* igualitaristas³³. Raz engloba estas situaciones dentro del *igualitarismo retórico*. Y, aunque afirma que gran parte de la tradición igualitaria en el pensamiento occidental es genuinamente igualitaria, reconoce que en variadas ocasiones la igualdad es invocada también sobre otras bases. Refiere que algunos principios que confieren derechos generan alguna forma de igualdad como producto incidental, y otros utilizan la palabra *igual* o similares pero sin ser igualitarios³⁴. Así, sostiene que los reclamos que invocan la igualdad pero sin basarse en argumentos estrictamente igualitarios son retóricos, no en sentido peyorativo, sino que simplemente no son reclamos diseñados para promover la igualdad. Utilizan expresiones igualitarias porque les facilita la expresión del principio o para beneficiarse del prestigio que la igualdad tiene en nuestra cultura, pero no son igualitarios y ello genera confusión.

De todos modos, no resultan tan obvias las diferencias entre igualitarios y prioritarios como respondiendo a dos intereses distintos, sino que existe un escenario donde ambos enfoques pueden coincidir aunque quizá no de forma intencional. A la vez, tanto si el resultado de igualar es buscado como objetivo o no, la valoración relacional de las situaciones puede ser realizada de forma contingente en el enfoque prioritarista. Así, priorizar a los que menos tienen por encontrarse en un nivel inferior absoluto puede también encontrar fundamento en una idea igualitarista, aunque no se busque como objetivo. Igualmente, si no hubiera un *otros* no habría forma de entender los niveles absolutos, o habría por lo menos un escenario donde se darían absolutos cuestionables. Y, si el ámbito de aplicación es universal, siempre habrá alguien que estará en mejores condiciones y podrá reflexionar sobre priorizar la situación de los que estén peor, con lo que la situación en la cual todos puedan estar en inferiores absolutos no tendría sentido porque no habría entonces quien tomara la decisión de priorizar. Con ello, si el enfoque prioritario implica necesariamente otorgar una prioridad al que menos tiene en

³³ Ídem, p. 64 y en *Inequality*, Oxford University Press, Oxford, 1993.

³⁴ J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1988, p. 227.

términos absolutos, ese *menos* de alguna manera –al menos– es valorado en términos relacionales. Porque si se otorga prioridad a alguien es frente a un otro –u otros– que tiene *más*, o que se encuentra en una situación en la que no está en el nivel inferior absoluto y, por ende, está mejor. Necesariamente hay una elección que excluye una de las posibilidades, por lo que estrictamente es imposible separarlo de la idea relacional; ya que si no la misma idea de prioridad pierde sentido, y de lo que se hablaría sería de las justificaciones que existen para hacer o no hacer una determinada acción. Admito, de todas maneras, que puede que los prioritarios no se representen mentalmente la idea de igualar, sino sólo de otorgar unos beneficios a quienes están peor independientemente de si les iguala con otros o no. Pero, lo que no se puede negar es que, necesariamente, siempre que se otorgue un beneficio a quienes estén peor se les habrá ascendido en situaciones de igualdad respecto de aquellos a quienes no se ha beneficiado con la prioridad.

5. REDISTRIBUCIÓN Y DERECHOS SOCIALES: EXIGENCIA DE UNA DISTRIBUCIÓN *COHERENTEMENTE* IGUALITARIA

Es posible argumentar, entonces, que si nos ubicamos en una ética distributiva igualitaria y perseguimos una distribución coherentemente igualitaria para hacer efectivos los derechos sociales, es preciso realizar las siguientes consideraciones.

Las metodologías distributivas que potencialmente pueden permitir resultados igualitarios son las diferentes formas de igualitarismos y los prioritarismos. Pero para saber qué igualitarismo o cómo establecer las prioridades, es preciso considerar los presupuestos fácticos-conceptuales implicados y reconocer determinadas advertencias, que nos permitan arribar a una conclusión que garantice una metodología coherentemente igualitaria para solventar derechos sociales igualitarios y universales.

Respecto a los condicionantes fácticos-conceptuales, es necesario identificar algunos presupuestos generales:

- Vivimos en escenarios sociales complejos y empobrecidos, con marcadas crisis sociales que se plasman en profundos retrocesos en la efectividad de los derechos sociales para todos y todas. Gran número de personas no satisfacen sus necesidades básicas, no gozan de igualdad de oportunidades, no pueden ejercer una libertad real ni desarrollar sus capacidades básicas ni sus planes de vida.

- Escenarios sociales de escasez de recursos debidos, esencialmente, a injustas redistribuciones de las riquezas mundiales. Nos referimos no a la escasez como dimensión real relacionada con que los recursos naturales y sociales son finitos, sino a la dimensión *artificial* de la escasez, que muestra que los recursos están distribuidos de manera tal que para algunas personas y en algunos escenarios sociales concretos resultan escasos, insuficientes, no garantizando ni la misma sobrevivencia, mientras en otros escenarios se presenta como máxima abundancia y riqueza. Obviamente, los recursos que tenemos para desarrollar los derechos sociales son finitos, pero el problema no es la finitud de los mismos sino la distribución desigualitaria que de ellos hace la sociedad en la que vivimos y legitiman las reglas sociales y jurídicas de organización capitalista que rige la economía mundial³⁵.
- Las personas no somos naturalmente iguales, no tenemos las mismas necesidades ni existen *criterios de normalidad*. Somos diversos como seres humanos y heterogéneos en nuestras necesidades o, mejor dicho, en la forma en que satisfacemos nuestras necesidades, en los satisfactores que sacian nuestras necesidades. Y algunas personas presentan necesidades especiales ligadas a las necesidades estrictamente humanas o básicas más elementales, que hacen que necesiten satisfactores especiales para saciarlas y para obtener no más ni distinta satisfacción, sino la misma que otras personas, pero con satisfactores que a menudo resultan más onerosos o difíciles de encontrar. Son las situaciones en las cuales las personas necesitan determinados satisfactores como el o los únicos específicos o adecuados para saciar una determinada necesidad. Es el satisfactor el que se convierte en necesidad pero no por elementos volitivos sino por causas ajenas a la voluntad de la persona, por lo que no son los casos conocidos como gustos caros o preferencias extravagantes, sino lo que he denominado *necesidades derivadas de satisfactor adecuado*³⁶.

³⁵ Para los últimos datos sobre desarrollo humano, pobreza y desigualdades, véase PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Informe sobre Desarrollo Humano 2015. Trabajo al servicio del desarrollo humano*, especialmente pp. 208 a 234.

<http://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/hdr/2015-human-development-report/>

³⁶ Se refieren generalmente a estados de salud como las personas celíacas, diabéticas, intolerantes a alimentos, alérgicas, etc. que necesitan recursos especiales para saciar la necesi-

Acerca de las advertencias, es preciso considerar que:

- La opción de repartir en igualdad o estableciendo prioridades implica también una compleja decisión ideológica, en donde quiero marcar un punto de inflexión necesario: el de si siempre todos los derechos sociales deben ser satisfechos para todos por igual y donde lo relevante, entonces, es la justicia como procedimiento, garantizando que el procedimiento sea igualitario. O, si es preciso, como exigencia de la misma pretensión igualitaria, establecer un sistema de prioridades para satisfacer primero a las personas que se encuentran en inferiores absolutos (que se puede definir como necesidades básicas insatisfechas) y, sólo entonces, universalizarlos. En esta segunda opción, que es la que defiendo, se prioriza la igualdad como resultado, lo que se pretende es lo que he llamado el cumplimiento del *objetivo igualitario*: una distribución tal que posibilite que todas las personas puedan desarrollar los planes de vida que libremente hayan elegido en un escenario de sostenibilidad social y ecológica para todos, generaciones actuales y futuras³⁷.
- Lo anterior, teniendo en cuenta que repartir por igual, en porciones igualitarias, no asegura resultados igualitarios y establecer prioridades distribuyendo de manera diferenciada a unos y otros tomando algún criterio relevante no implica producir siempre desigualdades. Pero resaltando que la prioridad se debe realizar sobre la base de que los derechos sociales son universales, y que no se está realizando un trato diferenciado en relación al derecho ni a la titularidad del mismo, sino en relación a determinadas y concretas políticas públicas que se instrumenten para garantizar la efectividad del derecho social en cuestión.

dad del hambre, por ejemplo, como necesidad básica estrictamente humana y que, si no lo hacen con un satisfactor concreto, no sólo no satisfacen una necesidad vital de manera adecuada sino que puede peligrar su propia supervivencia. A este tipo de necesidades las llamo *necesidades de satisfactor adecuado* y gozan de la misma preferencia de las necesidades *estrictamente humanas y básicas*, para diferenciarlas de las clásicas preferencias que entiendo son *necesidades de satisfactor preferido*. Sobre este tema, véase S. RIBOTTA, "Necesidades, igualdad y justicia. Construyendo una propuesta igualitaria de necesidades básicas", citado.

³⁷ Sobre las exigencias teóricas y metodológicas que dispongo para el objetivo igualitario, consultar S. RIBOTTA, *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, Capítulo 5, ítem 5.5, donde expongo mi objeción a las desigualdades económicas desde la defensa del objetivo igualitario.

- Y ello, porque no se trata de sacrificar grados de igualdad, sino de garantizar resultados finales de mayor y más equitativa igualdad de disfrute de los derechos sociales. Así, el establecimiento de prioridades para los que se encuentren en inferiores absolutos puede traducirse en mayores posibilidades reales de que aquellas personas más desaventajadas de la sociedad puedan acceder a determinados bienes sociales, como la educación o la salud; ya que puede permitir redireccionar mayores cantidades de recursos no sólo para ofrecer el servicio de manera pública y universal, sino avanzar en estrategias de políticas públicas que ofrezcan un real acceso y disfrute de los mismos. En escenarios de recursos económicos escasos puede ser vital para el real disfrute de los derechos el utilizar estrategias de priorización de inferiores absolutos, aunque la medida se estructure como temporal, en analogía a las medidas basadas en políticas de discriminación positiva. La *aversión al riesgo* de Rawls, en el sentido de que las personas pueden mostrarse con temores a pérdidas totales de derechos y por ello elegir situaciones de menor disfrute pero que implican también menores riesgos, no tiene lógica discutiendo sobre necesidades básicas, como recuerda Barry³⁸.
- Así, desde el compromiso de que los derechos sociales son universales³⁹ y condenando la perspectiva que les encasilla sólo como derechos para las personas pobres o desaventajadas económicamente, llamo la atención de que dejados al mercado de la oferta y la demanda y sujetos a un criterio de igualdad sin diferenciaciones, puede provocar precisamente exclusión de los pobres, produciéndose la *paradoja de la injusticia*⁴⁰. En todo caso, la advertencia es doble, por-

³⁸ B. BARRY, *Why Social Justice Matters*, Polity Press, Cambridge, 2005.

³⁹ Sobre el tema, véase de C. LEMA AÑÓN, "Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales", *Derechos y Libertades*, num. 22, Época II, 2010, pp. 179-203.

⁴⁰ Cuando, por ejemplo, en los sistemas de educación universitaria pública, como el español, debido a los escasos recursos o a los recortes en presupuestos para el sector educativo, no es posible ofrecer ningún tipo de beca total o parcial de matrícula ni de manutención. A la vez, se ha producido un incremento relevante en las tasas de matrícula. Todo ello en un escenario social de desocupación y crisis económica, lo que presupone que las familias de los/las estudiantes tienen mayores y más complejos problemas económicos para la manutención de los mismos y acaban abandonando los estudios. Como consecuencia, las personas más desaventajadas económicamente no pueden estudiar y resultan excluidas del sistema educativo universitario. La inversión pública en universidades cayó en España un 11% entre 2008 y 2012,

que hay que diferenciar el derecho, la titularidad del derecho que reconozco general y universal y las políticas concretas para efectivizar los derechos y las maneras en que se reparten los recursos para los mismos, especialmente en concretos escenarios sociales y políticos donde los recursos resultan realmente escasos. No se trata ni de alterar el concepto ni la titularidad que reclamo universal de los derechos sociales, sino de establecer cómo deben distribuirse los recursos para hacer reales y efectivos estos derechos en los concretos escenarios sociales de crisis en los que vivimos. Se trata de priorizar estrategias de políticas públicas para ciertos colectivos más desaventajados, permitiéndoles de manera más eficaz y plena el disfrute de sus derechos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades.

- Del mismo modo, es preciso identificar bienes que son demasiado importantes para ser dejados al mercado y que se deben *desmercantilizar*, como los que son objeto de los derechos sociales, ya que el simple juego del mercado no garantiza la igualdad y el igual acceso a los mismos, y el mercado está muy lejos de ser de competencia perfecta. Hay bienes, como la salud y la educación, especialmente, que tienen que ser sacados del mercado y de los juegos del mercado, que no pueden ser analizados con los mismos criterios de ganancias y pérdidas que funcionan para otros bienes. Hay que evitar situaciones en las que se viola el principio universal de los derechos humanos y en las cuales acabamos teniendo dualidad de disfrute y de calidad de los derechos sociales, como una educación de excelencia para algunos y una educación barata y mediocre para otros o una salud de excelencia para unos y otra de mala calidad para otros.

Cobra sentido, entonces, la opción de la igualdad por el *objetivo igualitario* que debe procurar el igual desarrollo de las capacidades humanas de personas diversas como seres humanos y situadas en contextos heterogéneos, y de una igual libertad real para todos y todas y que les garantice el logro de los planes de vida que libremente hayan elegido desde su particular y situada concepción del bien, dentro de un marco que posibilite que todas

y los ajustes han continuado hasta este año. En Europa, otros 11 países han hecho recortes por encima del 5% (España, Croacia, República Checa, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Letonia, Serbia, Eslovaquia y Reino Unido), pero otros cinco se han quedado más o menos como estaban y siete (incluidos Alemania y Polonia) lo han aumentado, según la Asociación Europea de Universidades (EUA, en sus siglas en inglés).

las personas puedan arribar a este objetivo. Resulta obligatorio, por ende, garantizar imprescindiblemente que todas las personas disfruten de un nivel mínimo (al menos) de recursos, capacidades y oportunidades a través de la satisfacción de sus necesidades mediante un criterio que permita ir satisfaciendo primero las necesidades básicas (las estrictamente humanas y luego las sociales) hasta lograr un reclamo de necesidades acorde a un nivel que pueda ser garantizado en igualdad a todas las personas, incluyendo una solidaridad no sólo en criterio sincrónico (para todos/todas), sino también diacrónico (incluyendo generaciones futuras) y permitiendo que la propuesta sea sostenible ecológicamente. Y ello, desde la garantía del cumplimiento del principio de precedencia de las necesidades sobre las preferencias; ya que los gustos caros y las preferencias extravagantes no gozan de reclamo de necesidad, salvo que pudieran ser garantizados igualitariamente para todas las personas, incluyendo a aquellas que no los prefieran.

Ello explica que esté de acuerdo con los argumentos prioritaristas para fundamentar el por qué, a quiénes y qué hay que hacer (a los que están peor porque están peor de lo que podrían o deberían estar en un aspecto que es relevante, y no porque todos tengan que estar necesariamente iguales), e independientemente de si están en la misma comunidad o no y si hay alguna responsabilidad personal por el resultado de necesidad en el que se encuentran. Pero la estrategia de distribución tiene que tender a parámetros igualitarios mediante un criterio igualitario corregido que denomino *nivelación a la intermedia bajo el test de la igualdad de la satisfacción de las necesidades básicas que permita el desarrollo igualitario de las capacidades humanas*⁴¹. La desigualdad es el indicativo de que hay recursos para distribuir y, por lo tanto, que el que está peor podría estar mejor con lo que el nivel inferior absoluto puede ser elevado, y también potencialmente a los que vengan posteriormente, como el caso de las generaciones futuras. Eso indica, entonces, un criterio de responsabilidad social sobre lo que se debe y puede hacerse (redistribución) y no se hace.

Por lo tanto, sostengo que el mejor y más adecuado criterio igualitario para distribuir recursos que garanticen el máximo disfrute de los derechos sociales es un *igualitarismo teleológico pluralista-prioritarista*, compatible con

⁴¹ Sobre la *nivelación a la intermedia bajo el test de la igualdad de la satisfacción de las necesidades básicas que permita el desarrollo igualitario de las capacidades humanas*, véase S. RIBOTTA, *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, cit., especialmente Capítulo 5.

las tesis positivas del suficientarismo⁴². La igualdad es un valor máximo de justicia, y también funciona como un criterio distributivo, pero no necesariamente asegura resultados igualitarios. Y la prioridad es sólo un criterio distributivo, pero si es usado desde una concepción igualitaria y con criterio igualitario, puede asegurar resultados igualitarios. La clave, entonces, consiste en identificar los criterios relevantes para establecer las prioridades, recordando que las situaciones de mínimos absolutos no resisten debates. Son situaciones de hecho urgentes, graves, de imprescindible y necesaria satisfacción para el mantenimiento de la vida o de la calidad de vida de algunas personas que por sí solas no pueden satisfacer las demandas de estos bienes a los que se refieren los derechos sociales. Los daños del no disfrute de derechos sociales pueden no ser reparables, no ser subsanables, porque mientras no se desarrollen apropiadamente con criterio realmente igualitarios que aseguren resultados igualitarios y sigan existiendo personas excluidas de la efectividad de los derechos sociales, la desnutrición, la enfermedad, el hambre, la violencia, el analfabetismo, la exclusión, seguirán en aumento. Aún en aquellos Estados *constitucionalmente* Sociales, pero donde los gobiernos de turno bajo las restricciones de la supuesta y contemporánea *austeridad* recortan la calidad de vida y la vida misma de cada vez más seres humanos. Recortando, entonces, el mismo Estado Social de Derecho y, con ello, el ejercicio y la efectividad de todos los derechos, no sólo de los sociales, con lo cual se lesiona y menoscaba el sentido mismo de todo Estado de Derecho moderno.

SILVINA RIBOTTA
Instituto derechos humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail: sribotta@der-pu.uc3m.es

⁴² Véase P. CASAL, "Why Sufficiency Is Not Enough", *Ethics*, vol. 117, num. 2, 2007, pp. 296 a 326.

EL “DERECHO AL TRABAJO” EN LAS CÁRCELES FRANQUISTAS*

THE RIGHT TO WORK IN FRANCO’S PRISONS

JOSEFA DOLORES RUIZ RESA
Universidad de Granada

Fecha de recepción: 27-7-15

Fecha de aceptación: 5-2-16

Resumen: *Recientes estudios han puesto de manifiesto que durante el franquismo, prisioneros y presos fueron sometidos a trabajos forzados, enmarcados desde 1938 en la institución de la Redención de Penas por el Trabajo. Esta situación se presentó, no obstante, bajo la cobertura jurídica del ejercicio de un derecho: el derecho al trabajo. Aunque no fueran lo mismo la cárcel y la empresa, en todos esos ámbitos el derecho al trabajo desempeñó una tarea similar de control y disciplina de la población, y a poner de manifiesto los contenidos y las particularidades que mostró en las cárceles franquistas es a lo que se dirige este artículo. Su finalidad última es, no obstante, aportar elementos que permitan conocer mejor los aspectos jurídico-políticos del autoritarismo del régimen franquista, y así poder valorar si aún perduran en el actual. Para llevar a cabo este objetivo se procederá, en primer lugar, a indagar en la justificación ideológica que se dio al derecho al trabajo durante el franquismo. Basada en el tradicionalismo religioso y en el nacionalsindicalismo, aquella justificación permitió convertirlo en mecanismo de control y disciplina. En segundo lugar, se analizarán los caracteres específicos del derecho al trabajo en las cárceles franquistas, atendiendo al tratamiento que tuvo en el ordenamiento jurídico del Régimen y en la doctrina jurídica que lo analizó. Este recorrido permitirá concluir que estamos ante la perversión de un mecanismo de emancipación de los individuos, que se ve reducido a una obligación social irresistible y a una forma de redención moral.*

Abstract: *Recent studies have revealed that, during the Franco’s regime, prisoners were subjected to forced labor, within the frame of the 1938 ‘la Redención de Penas*

* Este trabajo se enmarca en el proyecto I+D DER2014-56291-C3-3-P del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia. Subprograma Estatal de Generación del Conocimiento.”

por el Trabajo' . However, this situation arose under the legal cover of a right: the 'right to work'. Although prisons and companies are not the same thing, the right to work played a similar task of control and discipline of the population in all these areas. This article tries to analyse the right to work and the particularities that it showed within Franco's prisons. However, its ultimate objective is to understand the political and juridical aspects of the authoritarianism of Franco's regimen in order to asses if they are still present in the Spanish current political system. To carry it out, I will analyse first the ideological justification underlying the right to work under Franco's regime. Based on religious traditionalism and nacional-sindicalism, that ideological justification allowed to make it become a mechanism of control and discipline. Second, I will focus on the specific character of the 'right to work' in Franco's prisons, considering the treatment it had in the legal system of the Regime and in the legal doctrine that analyzed it. All of this will allow us to conclude that at work is the perversion of an emancipating mechanism for individuals reduced to social obligation and to moral redemption.

Palabras clave: derecho al trabajo, franquismo, redención de penas

Keywords: right to work, Franco's regime, redemption of penalties

1. INTRODUCCIÓN

La valoración de la herencia jurídica del régimen franquista resulta imprescindible para el desarrollo de España como Estado democrático. En este sentido, se hace necesario determinar si aún siguen presentes elementos de la peculiar ideología que durante el Régimen se fraguó en torno a los derechos humanos y, en especial, en torno a derechos sociales como el trabajo. Se trató de una ideología sustentada en el tradicionalismo católico y en el nacionalsindicalismo, que actualizada y matizada por el discurso oficial de la época pero también por la doctrina jurídica, permitió su utilización para una finalidad diferente a la que se les dio en su origen; es decir, no para el ejercicio de poderes jurídico-políticos en defensa de los intereses de sus titulares sino para controlarlos y disciplinarlos. Esta visión se justificó por la excepcionalidad de la guerra, pero se prolongó prácticamente hasta el final de régimen franquista, y tuvo una plasmación especialmente ilustrativa en la manera en que se reconoció y gestionó el derecho al trabajo, no sólo en relación a la población libre sino en el ámbito de los campos de concentración y las instituciones penitenciarias.

Recientes estudios han puesto de manifiesto que durante el franquismo, prisioneros y presos fueron sometidos a trabajos forzados. Sin embargo, esta

situación se presentó bajo la cobertura jurídica del ejercicio del *derecho al trabajo*, según se recogía en las primeras líneas del Decreto 281 de 28 de mayo de 1937: "El derecho al trabajo, que tienen todos los españoles, como principio básico declarado en el punto quince del programa de Falange Española Tradicionalista y de las JONS, no ha de ser regateado por el Nuevo Estado a los prisioneros rojos, en tanto en cuanto no se oponga, en su desarrollo, a las previsiones que en orden a vigilancia merecen, quienes olvidaron los más elementales deberes de patriotismo".

A continuación, el artículo 1 de este Decreto *concedía* el derecho al trabajo a los prisioneros de guerra y presos políticos internados en campos de concentración que gestionaba el ejército franquista, mientras que con la Orden de 7 de octubre de 1938 se atribuía al Patronato Central de la Jefatura de Servicio de Prisiones la función de proponer al Gobierno "la condonación de tantos días de condena a favor de los reclusos que hayan trabajado como sea el número de días que hayan trabajado en efecto, con rendimiento real no inferior al de un obrero libre y hábil". Al mismo tiempo, se extendían todos esos beneficios a los presos comunes.

De manera casi imperceptible, se establecía en plena guerra civil el sistema llamado de Redención de Penas por el Trabajo, que permitía considerar cumplida la pena contabilizando en el tiempo de condena los días trabajados mediante el ejercicio del *derecho al trabajo*. Más tarde, este derecho al trabajo llegará al sistema penitenciario propiamente dicho, donde alcanzará mayor sistematización y organización en el Código Penal, el Reglamento de Trabajo Penitenciario o el Reglamento de Servicios de Prisiones, hasta su desaparición con la reforma del Código Penal de 1995. Aparte del derecho al trabajo, también se les reconocieron a los prisioneros y presos otros derechos socio-laborales, como el derecho a un salario justo y familiar, ciertos derechos de previsión social o derechos de formación profesional y cultural, ya que, según el Decreto 281, los presos debían sustentarse por su propio esfuerzo, evitando ser una carga para las autoridades. Posteriormente, la Orden de 30 de diciembre de 1940 dispuso de manera expresa que se les aplicaran los mismos beneficios que la legislación vigente establecía para los trabajadores libres: salario y subsidio familiares, descanso (computable para la redención) y cobertura de accidentes; mientras que el Reglamento de Trabajo Penitenciario de 1946 indicaba que la jornada de trabajo y las remuneraciones, al igual que lo relativo a la seguridad, salubridad e higiene del trabajo, se regularían según lo dispuesto en las leyes vigentes para los "obreros libres".

La Redención de Penas por el Trabajo se justificó en la necesidad de aligerar la enorme masa de prisioneros y presos “rojos” que desde 1936 producía “el victorioso y continuo avance de las fuerzas nacionales en la reconquista del territorio patrio” (en palabras del Decreto 281), siguiendo unas pautas represivas muy estrictas. Razones similares habrían determinado las concesiones de indultos parciales y de libertad condicional (muy restrictivas, dadas las actitudes vengativas entre los mismos convecinos, según se manifestaba en los informes de las autoridades locales sobre el comportamiento anterior del preso o prisionero)¹. Que el gasto, hacinamiento y conflictividad entre los prisioneros y presos fueron detonantes del desarrollo de la Redención de Penas por el Trabajo se deduce, por lo demás, del título de la obra de uno de sus ideólogos, el jesuita José A. Pérez del Pulgar, titulada *La solución que España da al problema de sus presos políticos*². No obstante, también se descubren otros objetivos económicos, en la medida en que la reconstrucción del país precisaba urgentemente la mano de obra que suministraban prisioneros y presos³.

Sin duda, en el entramado normativo que regula la prestación del trabajo de prisioneros y presos, el elemento distorsionante es presentar como un *derecho* lo que era un castigo y una obligación, que en las urgencias y provisionalidades de la guerra podía reconocer el juez (artículo sexto del Decreto 281), y que más adelante será una medida legalmente dispuesta a proposición de la administración penitenciaria. Un mecanismo de emancipación como los derechos humanos quedaba convertido así en instrumento de penitencia y reeducación para que los desafectos y contrarios al Régimen se hicieran perdonar esa falta y pudieran integrarse en su seno.

Pocos meses más tarde a la aparición del Decreto de 21 de mayo de 1937, es decir, el 10 de marzo de 1938, se promulgaba el Fuero del Trabajo. Allí, el trabajo era erigido en título distintivo y dignidad, y en derecho y deber. La circunstancia de que el *derecho al trabajo* fuera reconocido *primero* a presos y

¹ Hubo que esperar 6 años desde el fin de la guerra para recurrir al indulto total, que se concedió, por medio del Decreto del Ministerio de Justicia de 9 de octubre de 1945 que concede el indulto total a los condenados por rebelión militar y otros cometidos hasta 4 de abril de 1939.

² Publicaciones Redención, Valladolid, 1939.

³ Así se reconocía en *La obra de la redención de penas. La doctrina. La práctica. La legislación. Memoria que eleva al Caudillo de España y a su Gobierno el Patronato general de Nuestra Señora de la Merced para la redención de penas por el trabajo, 1 enero 1945*, Madrid, p. 34. También J. A. PÉREZ DEL PULGAR, *La solución que España da al problema de sus presos políticos*, op. cit., p. 44.

prisioneros políticos del incipiente Régimen franquista no debe entenderse como una casualidad al margen de otros textos jurídicos suyos, sino como manifestación de una peculiar ideología en torno al trabajo, destinada en última instancia a vigilar, controlar y corregir a las masas trabajadoras y otros colectivos considerados peligrosos, detrayéndolas de la influencia del marxismo, el anarquismo u otras doctrinas que pusieran en peligro la existencia del Régimen.

La conexión entre el derecho al trabajo, el trabajo libre y el trabajo penado que se establecía con el franquismo quedaba patente en las palabras de quien había sido Ministro de Trabajo, Comercio e Industria durante la dictadura de Primo de Rivera: Eduardo Aunós. Defensor del corporativismo en el trabajo, influyente figura en el desarrollo de la legislación social y colaborador en la redacción del Fuero del Trabajo⁴, había afirmado lo siguiente: "El Nuevo Estado valora y exalta el trabajo como expresión del espíritu creador del hombre y como inexcusable deber social. Enlazados estos principios con agilidad en un sistema justo y humano de enmienda del culpable, forzosamente habían de superarse los eventuales reparos de la inercia o de una versión miópica del instituto de la redención. Por eso, cuando la política cristiana y certera del Caudillo, en todo instante inclinado a la generosidad, ideó en pleno fragor de la Cruzada la obra de la redención de penas por el trabajo, sin antecedentes en la legislación comparada, nadie dudaba de su inmediato triunfo en los cánones del Derecho nacional"⁵.

La clave para entender cómo funcionaba el derecho al trabajo en ámbitos tan dispares estaba, por lo tanto, en la idea de que el trabajo era ante todo un deber social inexcusable para cualquier individuo, y esta percepción quedaba bastante clara desde el mismo inicio del Decreto 281: "(...) la concesión de este derecho como expresión de facultad, en su ejercicio, podría implicar una concesión sin más, sin eficacia, ante la pasividad que adoptasen sus titulares, dejando total o parcialmente incumplidos los fines que la declaración del derecho al trabajo supone, o sea que puedan sustentarse por su propio esfuerzo, que presten el auxilio debido a su familia y que no se constituyan en un peso muerto sobre el erario público. Tal derecho al trabajo, viene pre-

⁴ Véase A. ANDREASSI CIERI, "Trabajo y empresa en el nacionalsindicalismo", en F. GALLEGU y F. MORENTE (eds.), *Fascismo en España*, ediciones El viejo topo, 2003, pp. 27-29.

⁵ Véase *La obra de la redención de penas. La doctrina. La práctica. La legislación. Memoria que eleva al Caudillo de España y a su Gobierno el Patronato general de Nuestra Señora de la Merced para la redención de penas por el trabajo, 1 enero 1945*, op. cit., p. X.

sidido por la idea de derecho función o de derecho deber, y en lo preciso, de derecho obligación”.

La peculiar ideología laboralista que se desarrollaría durante el franquismo, recorriendo buena parte de sus instituciones, estaba sustentada sobre el nacionalsindicalismo (cuya aportación al respecto se plasmó, entre otros documentos, en la Norma programática de Falange a la que alude el Decreto 281) y en el nacionalcatolicismo, que constituyó finalmente el pilar básico de la dominación franquista, y que imprime su sello en la visión redentorista del trabajo. A ese sello no fueron ajenas organizaciones religiosas como la orden de los jesuitas, a la que perteneció José Agustín Pérez del Pulgar⁶, o la Asociación Nacional de Propagandistas Católicos, de la que era miembro el otro defensor del sistema, Máximo Cuervo Radigales, primer Director General de Prisiones y del Patronato Central de Redención de Penas por el Trabajo, también jurista adscrito al cuerpo jurídico del ejército, cuya formación laboralista le había permitido participar en la redacción del Código del Trabajo de Primo de Rivera y acudir junto a la delegación española a reuniones de la OIT⁷. Pérez del Pulgar incidió sobre todo en la dimensión de deber, y no de simple facultad, que tiene el derecho al trabajo para el preso⁸, pero Máximo Cuervo hizo girar la institución de la Redención de Penas en torno al carácter aflictivo del trabajo como pena⁹.

⁶ Figura vinculada al ICAI, donde estudia, fue físico y jesuita. Una semblanza de su vida puede verse en N. GONZÁLEZ RUIZ, *Genio y figura del Padre Pulgar*, ed. Nebrija, Madrid, 1960.

⁷ Además de estos datos biográficos, y según se desprende de M. GUTIÉRREZ NAVAS, *Máximo Cuervo Radigales*, [disponible en <http://www.dipalme.org/Servicios/IEA/edba.nsf/xlecturabiografias.xsp?ref=124> (última visita 20/01/2015)], Cuervo también se había destacado como empresario agrario al que se le había nombrado “patrono ejemplar”, lo que fue positivo para su puesta en libertad cuando se le detuvo durante la guerra por desafecto a la República. Nombrado en 1938 Jefe del Servicio Nacional de Prisiones, fue cesado por su polémica con el Ministro del Ejército, general Varela, por la negativa de muchos jueces militares a aplicar la libertad condicional. Fue Consejero del Consejo Jurídico Militar y consejero permanente del Consejo de Estado. Como propagandista católico, fundó y dirigió la Biblioteca de Autores Cristianos, que se convirtió en la editorial más importante de publicaciones de este signo.

⁸ J. A. PEREZ DEL PULGAR, *La solución que España da al problema de sus presos políticos*, cit, pp. 37-40.

⁹ Esto es especialmente evidente en M. CUERVO RADIGALES, *Los fundamentos del nuevo sistema penitenciario español. Conferencia pronunciada en la apertura de la Escuela de Estudios Penitenciarios en la Universidad de Madrid el día 28 de octubre de 1940*, p. 23, para quien el sistema penitenciario que quiere implantar España es un sistema que, “manteniendo la privación de libertad en mayor o menor grado como reato doloroso del delito, haga al reo y le enseñe un oficio, si no lo sabe, ejerciendo al mismo tiempo sobre él imperio misional para la salvación de sus valores en cuanto cristiano, español y hombre”.

Si del nationalsindicalismo se tomaba la idea de trabajo como aportación ineludible del individuo a la patria, del nacionalcatolicismo se tomará la nota de que el trabajo es connatural al hombre, según estableció el orden divino de la creación, por lo que su realización es un deber cuyo cumplimiento permite el perfeccionamiento y salvación del ser humano, ya que le permite expiar sus pecados. Con este telón de fondo, no extraña que durante el franquismo el trabajo fuera reconocido como *derecho* a toda la población (no sólo en el Fuero del Trabajo, sino también en el Fuero de los Españoles, en 1945, y en las Leyes del Movimiento, en 1958); si bien su organización y tratamiento jurídico se fue modulando y adaptando, según se tratara de la población libre o de la población penada.

Aunque no fueran lo mismo la cárcel y la empresa, en todos esos ámbitos el derecho al trabajo desempeñó durante el franquismo una tarea similar de control y disciplina de la población¹⁰, y poner de manifiesto qué contenidos comunes y específicos mostró el derecho al trabajo cuando se reconocía a prisioneros y presos es el objetivo de este artículo. Su finalidad última es aportar elementos que permitan conocer mejor los contenidos jurídico-políticos del autoritarismo del régimen político anterior, y así poder valorar si aún perduran en el actual.

Para llevar a cabo este propósito, se procederá a indagar en la justificación ideológica del derecho al trabajo, la cual permite extenderlo a todos los ámbitos de la vida de la población y erigirlo además en peculiar instrumento de la represión franquista. Después se analizarán los caracteres que durante el Régimen fue adquiriendo el derecho al trabajo en el ámbito penitenciario, atendiendo al tratamiento que tuvo en su ordenamiento jurídico y en la doctrina jurídica que lo analizó (inicialmente, una doctrina que provenía principalmente de funcionarios del sistema penitenciario, con un lenguaje muy cercano a las ideologías del Régimen y, más tarde, una doctrina que adoptó

¹⁰ La dimensión disciplinaria y adoctrinadora de la redención, para garantizar la socialización en los principios del Régimen ha sido especialmente analizada en G. GÓMEZ BRAVO, "Por el trabajo hacia Dios y hacia España", en *La redención de penas por el trabajo: la formación del sistema penitenciario franquista (1936-1950)*, Libros de la Catarata, 2008, pp. 146 y ss.; D. RODRÍGUEZ TEIJEIRO, "La redención de penas a través del esfuerzo intelectual: educación, proselitismo y adoctrinamiento en las cárceles franquistas", *Revista de Investigación de Educación*, núm. 11, vol. 1, 2013, pp. 58-76; D. RODRÍGUEZ TEIJEIRO, "Adoctrinamiento político en las prisiones españolas de posguerra: el semanario y la Editorial Redención", *Minus. Revista do Departamento de Historia, Arte e Xeografía*, num. XIII, 2005, pp. 227-238; D. RODRÍGUEZ TEIJEIRO, "Educación e ideología en el sistema penitenciario del primer franquismo", *Espacio, Tiempo y Forma, Serie V., Hª Contemporánea*, t. 10, 1997, pp. 261-277.

un lenguaje más técnico formal, cercano a las nuevas ciencias criminalísticas y penológicas), lo cual nos permitirá poner de manifiesto sus especificidades pero también sus concomitancias con respecto al derecho al trabajo de la población no reclusa.

Dos últimas precisiones deben hacerse: una es que las mujeres prisioneras y presas, debido a su sexo, fueron objeto de un tratamiento específico desde esta peculiar ideología del trabajo del Régimen, lo que merece un análisis diferenciado que no podemos abordar aquí por cuestiones de espacio¹¹. Ciertamente, ellas tampoco dejaron de estar incluidas en el universo disciplinario que el franquismo erigió en torno al derecho al trabajo, a pesar de que la concepción católica de la familia, que el Régimen había aceptado, había negado a las mujeres casadas el derecho al trabajo con el objetivo de reservarlas para las funciones de procreación, crianza y cuidado de la familia, lo cual se presentó en el contexto de una política demográfica que, sin embargo, no pudo evitar que las mujeres también trabajaran¹². En todo caso, el trabajo realizado por las presas se dirigió a corregir los comportamientos que las apartaran de las tareas que, como esposas, madres, hijas o religiosas, el orden del universo les había reservado, según la visión tradicionalista que de él se tenía en el franquismo¹³.

¹¹ Me ocupo del *derecho al trabajo* de prisioneras y presas en un trabajo que está en preparación.

¹² Hubo una gran hipocresía durante el Régimen hacia el trabajo de las mujeres: empresas como los bancos, la industria textil o la tabacalera se negaron a prescindir de sus trabajadoras, según preveía la Declaración II del Fuero del Trabajo, que se disponía a “libertar a la mujer casada del taller y de la fábrica”. Por lo tanto, hubo reglamentaciones especiales que permitieron que siguieran trabajando en estos sectores. Sobre el Régimen jurídico del trabajo de las mujeres en el contexto de la ideología laboralista del Régimen franquista, véase J. D. RUIZ RESA, *Los derechos de los trabajadores en el franquismo*, ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 471 y ss. También se les permitió seguir trabajando en los espectáculos nocturnos donde, sin embargo, se comportaban de una manera desviada, según su naturaleza de cuidadoras. Sobre estas cuestiones, véanse también C. SARASÚA y C. MOLINERO, “Trabajo y niveles de vida en el franquismo. Un estado de la cuestión desde una perspectiva de género”, en C. BRODERÍAS (ed.), *La historia de las mujeres. Perspectivas actuales*, Icaria Editorial, 2008; C. MOLINERO, “Historia, Mujeres, Franquismo. Una posible agenda de investigación en el ámbito político”, en M. ORTIZ HERAS (coord.), *Memoria e Historia del franquismo, V encuentro de Investigadores del Franquismo*, Universidad de Castilla-La Mancha.

¹³ Sobre el trabajo de las reclusas, véase G. GÓMEZ BRAVO, “El ángel tutelado”, en *La redención de penas: la formación del sistema penitenciario franquista (1936-1950)*, op. cit. pp. 189-204; F. HERNÁNDEZ HOLGADO y J. M. GASTÓN AGUAS, “Esclavas del franquismo: el trabajo de las mujeres presas”, en J. M. GASTÓN AGUAS y F. MENDIOLA GONZALO (coords.), *Los trabajos forzados en la dictadura franquista*, Instituto Gerónimo de Uztáriz - Memoriam Bideak, 2007 [libro disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=275004>].

La otra aclaración se refiere a la expresión “cárceles franquistas”, que se utiliza aquí para aludir al ámbito donde se ejercería el derecho al trabajo que contemplamos en este estudio. A este respecto, hay que tomar la expresión en un sentido amplio y como significación del universo franquista de represión y castigo, que a su vez fue muy extenso¹⁴, englobando a prisioneros y presos políticos y comunes, preventivos o penados¹⁵. Esta amplitud se corresponde con el predominio de un Derecho penal defensorista¹⁶, con numerosas leyes

Última visita 20/6/2015], pp. 104-115; y R. VINYES RIVAS, *Irredentas: las presas políticas y sus hijos en las cárceles franquistas*, Temas de Hoy, 2002. Y más recientemente sobre las presas en el franquismo, véase M. V. MARTINS RODRÍGUEZ, “Cárceles y mujeres en Galicia durante el franquismo”, *Studia histórica. Historia Contemporánea*, num. 29, 2011, pp. 87-117, disponible en http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/0213-2087/article/viewFile/8605/9987 [última visita 15/12/2015]; V. VERDUGO MARTÍ, “Franquismo y represión penitenciaria femenina: las presas de Franco en Valencia”, *Arenal: Revista de historia de las mujeres*, num. 15, 2008, pp. 151-176; y A. M. AGUADO y V. VERDUGO MARTÍ, “Las cárceles franquistas de mujeres en Valencia: castigar, purificar, reeducar”, *Studia histórica. Historia Contemporánea*, num. 29, 2011, pp. 55-85, disponible en http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/0213-2087/article/viewFile/8604/9986 [última visita 15/12/2015].

¹⁴ Véase R. SERRANO y D. SERRANO, *Toda España era una cárcel. Memoria de los presos del franquismo*, Aguilar, Madrid, 2001; C. MOLINERO, M. SALA y J. SOBREQUÉS (eds.), *Una inmensa prisión. Los campos de concentración y las prisiones durante la guerra civil y el franquismo*, Crítica, Barcelona, 2003. Me remito al trabajo de A. QUINTERO MAQUA, “El sistema penitenciario franquista. La definición de un objeto de estudio”, en BARRIO ALONSO et. al. (eds.) *Nuevos horizontes del pasado: culturas políticas, identidades y formas de representación*, PUBLICAN, 2011, sobre los estudios existentes y sus diferentes enfoques en torno al sistema penitenciario franquista, en los que, como tónica general, se resalta la extensión e intensidad de la represión que se llevó a cabo en el seno de estas instituciones.

¹⁵ Véase G. GOMEZ BRAVO, “El desarrollo penitenciario en el primer franquismo”, *HISPANIA NOVA. Revista de Historia Contemporánea*, num. 6, 2008. Las propias autoridades franquistas cifran en 270.719 el número de detenidos y presos políticos y comunes de ambos sexos que había el 7 de enero de 1940, los cuales pasaron a 92.477 el 10 de abril de 1943. A esta cifra, en la que no se incluye la situación de las prisiones en los partidos judiciales, habría que añadir además los 92.000 prisioneros de guerra internados en los campos de concentración que todavía estaban en funcionamiento. Según el Ministerio de Justicia, el número de presos políticos fallecidos entre abril de 1939 y el 30 de junio de 1944, incluyendo los ejecutados y los muertos en las cárceles, fueron 192.684. Sobre estas cifras, véanse R. VINYES, *Irredentas. Las presas políticas y sus hijos en las cárceles de Franco*, cit.; J. RODRIGO, *Cautivos. Campos de concentración en la España franquista, 1936-1947*, Crítica, Barcelona, 2005; D. RODRÍGUEZ TEJEIRO, “Configuración y evolución del sistema penitenciario franquista (1936-1945)”, *HISPANIA NOVA. Revista de Historia Contemporánea*, num. 7, 2007.

¹⁶ El defensorismo social y su significado se hizo patente en los 2 proyectos del Código penal franquista, aprobado por Decreto de 23 de diciembre 1944 y en vigor desde el 3 de febrero de 1945: el de Falange (1938) y el de los católicos (1939), presentes en el Ministerio de Justicia, que fue el que finalmente se impuso. Sobre este asunto, véase J. R. CASABO RUIZ, “Estudio

especiales que castigaban hechos que ya estaban castigados en el Código penal, y la preferencia dada en este ámbito a las autoridades militares sobre las judiciales, como subrayó el penalista Antón Oneca¹⁷ (el propio Antón Oneca, que había participado en la redacción del Código penal de 1932 y que en los primeros meses del levantamiento de Franco era Magistrado del Tribunal Supremo, había sido obligado a realizar trabajos forzados¹⁸). Por lo demás, el universo franquista de represión y castigo respondió en su diseño a la provisionalidad y nebulosidad que caracterizarían al diseño de muchas instituciones franquistas, también las correspondientes al sistema penal y peniten-

Preliminar”, en *El anteproyecto de Código Penal de FET y de las JONS*, Estudio Preliminar y edición de J. R. Casabo Ruiz, Departamento de Derecho Penal y Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, pp. 2 y ss.

¹⁷ Véase J. ANTÓN ONECA, “El Derecho penal de la postguerra”, en *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1971, pp. 170-171, donde apunta cómo para satisfacer a las necesidades defensoras del franquismo se crearon numerosas leyes represivas, algunas de ellas con efectos retroactivos, con sanciones muy severas y aplicadas por tribunales especiales entre cuyos miembros había altos mandos del ejército y autoridades de Falange. Fue el caso de la Ley de Responsabilidades políticas de 1939 o la Ley de represión contra la Masonería y el Comunismo, de 1940. Pero la mayoría se aplicarían por tribunales militares, tras asimilar los hechos al delito de rebelión militar. En cuanto a la jurisdicción ordinaria, se le encomendó el juicio de hechos no muy graves, aspecto que decidía la Autoridad militar. Según Antón Oneca, en este grupo entraban leyes como las de abastecimiento de 1939 y 1941, la de Seguridad del Estado de 1941, la Ley de Accidentes ferroviarios de 1941, la ley de 1943 que equiparaba determinados hechos a la rebelión militar, el decreto-ley de 1947 sobre represión de los delitos de bandidaje y terrorismo, y el decreto de 1960, que revisaba y unificaba la ley de 1943 y el decreto-ley de 1947. Sobre estas cuestiones, véase también G. PORTILLA CONTRERAS, “La ideología del derecho penal durante el nacional-catolicismo”, en F. FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ y A.M. HESPANHA (Hg.), *Frankismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur?*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2008, pp. 101 y ss.; y G. PORTILLA CONTRERAS, “Orígenes de la Ley de 1 de marzo de 1940 y criterios penales y procesales adaptados por el tribunal especial para la represión de la Masonería y el Comunismo”, en F. FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ y D. J. GARCÍA LÓPEZ, *Derecho, Memoria histórica y Dictaduras*, Ed. Comares, Granada, 2009, pp. 327 y ss. Sobre la amplia presencia de la jurisdicción militar en los órganos de justicia del franquismo, fundamentalmente en sus primeros años, véase también M. ORTIZ HERAS, “Instrumentos legales del terror franquista”, *Historia del Presente*, num. 3, 2004, pp. 203-220; E. GONZÁLEZ PADILLA, “La justicia militar en el primer franquismo”, en M. GUTIÉRREZ NAVAS y J. RIVERA MENÉNDEZ (eds.), *Sociedad y política almeriense durante el Régimen de Franco. Actas de las Jornadas celebradas en la UNED durante los días 8 al 12 de Abril de 2002*, Instituto de Estudios Almerienses, Almería, 2003; C. JIMÉNEZ VILLAREJO, “Memoria democrática: rehabilitación jurídica de las víctimas”, *Isegoria. Revista de Filosofía Moral y Política*, num. 45, 2011, pp. 595-602.

¹⁸ Véase J. C. FERRE OLIVE, *Universidad y guerra civil. Lección inaugural. Curso académico 2009-2010*, Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, Huelva, pp. 48 y 49.

ciario, cuya primera fase se extiende nada menos que desde el comienzo de la guerra civil, hasta los años 1944-1948; es decir, cuando se aprueba el nuevo Código penal de 1944, el Reglamento de Trabajo Penitenciario de 1946 y el nuevo Reglamento de Prisiones de 1948. En cualquier caso, no cabe tampoco limitar la expresión "cárceles franquistas" únicamente a las instalaciones penitenciarias, ya que según los estudios historiográficos, pudieron detectarse al menos dos modalidades básicas para gestionar el ejercicio del derecho al trabajo reconocido a presos y prisioneros¹⁹: una, al margen de la jurisdicción ordinaria penal y dependiente de la estructura de los campos de concentración, bajo mando militar, la cual se prolongó hasta 1948; y otra, dependiente del sistema penitenciario, que se desarrolló intra y extramuros.

2. LA IDEOLOGÍA DEL RÉGIMEN EN TORNO AL DERECHO AL TRABAJO

El trabajo había alcanzado una posición central en la praxis socio-política y en el conocimiento occidental, sobre todo a lo largo del siglo XIX y primeros años del siglo XX, entre otras razones, por ser uno de los ámbitos donde se manifestaba la conflictividad que dio lugar a la llamada cuestión social, y por haberse generalizado como mecanismo de corrección de conductas individuales que se consideraban desviadas. Fue en este contexto de crisis y conflicto cuando se gestaron el comunismo, el nazismo, el fascismo y el nationalsindicalismo, que se presentaron como soluciones frente a la impotencia de las democracias modernas. Precisamente, en todas estas doctrinas el trabajo se constituyó en elemento central, considerado como parte del problema y como parte de la solución, lo que determinó el surgimiento de una peculiar ideología laboralista que permitió desarrollar una política disciplinaria que descansó sobre los beneficios de protección y reconocimiento social del trabajo así como sobre las molestias o sufrimientos que derivaban de su realización. ¿Cómo alcanzó el trabajo esa doble virtualidad?

Desde finales del siglo XVI, el trabajo empezaba a dejar de ser sólo una sanción penal en sí misma –la condena a trabajos forzados²⁰–, para convertir-

¹⁹ Véase F. MENDIOLA GONZALO, "Marco legal y consecuencias socio-económicas de los trabajos forzados durante el franquismo" en J.M. GASTÓN AGUAS y F. MENDIOLA GONZALO (Coords.), *Los trabajos forzados en la dictadura franquista*, cit., pp. 49 y 50,

²⁰ Como es sabido, a partir del siglo XVI se generaliza la pena de trabajos forzados, de los que, no obstante, ya había ejemplos en épocas anteriores. Entre sus causas se encuentra

se en un mecanismo de regeneración que se aplicaba sobre presos pero también sobre individuos que por sus hábitos de vida (vagos, maleantes, mendigos, prostitutas, etc.), presentaban conductas que se consideran desviadas de la normalidad y que anunciaban la comisión de delitos futuros. El trabajo se utilizaba, pues, para corregir o reformar a los sectores de población que se consideraban problemáticos y peligrosos, los cuales serán recluidos en centros de trabajo. Estas tendencias coincidieron también con las demandas de intervención del Estado que se generalizaron en Europa hacia la segunda mitad del siglo XVI, cuando el número de pobres aumentó de forma alarmante, para que se ocupara de estos individuos considerados potencialmente peligrosos²¹.

Precisamente, en las instituciones de corrección que fueron generalizándose en aquellos años, y que tuvieron el trabajo como eje principal de la reeducación, se fue gestando el modelo de control y corrección social que

desde el rechazo a las penas capitales y corporales hasta el aumento de la demanda de mano de obra en un momento de descenso de su oferta debido a la baja natalidad y la alta mortalidad provocada por las guerras de religión, lo que empuja a la utilización de presos. Es la época, pues, de la pena de trabajos forzados en galeras, minas, presidios, fortificaciones y en otras obras públicas (esto sobre todo a partir del siglo XVIII), con las que, además de aprovechar su trabajo, la dureza de las condiciones en que se realizaba causaba la aflicción y sufrimiento que les permitía expiar su culpa. Véase P. FERNÁNDEZ ARTIACH, *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 36 y 37. A una primera fase más bien retribucionista y utilitarista (expiar la culpa con dolor y aprovechar la mano de obra barata o esclava de los presos), donde no había pena privativa de libertad, sigue la etapa correccionalista de los Estados liberales del siglo XIX, con la reforma del sistema penal que defendieron Beccaria o Bentham, quienes denunciaron la crueldad de los trabajos forzados, junto a las dificultades de gestión de ese trabajo y los abusos de los funcionarios penitenciarios. En este contexto, el trabajo de presos deja de tener una dimensión aflictiva para empezar a ser reeducadora, tendencia que en España ilustra la experiencia del Coronel Montesinos, que puso en marcha un sistema premial-punitivo y en esta línea, las obras de Concepción Arenal y Dorado Montero. Véase P. OLIVER, "Historia y reinención del utilitarismo punitivo", en J. M. GASTÓN AGUAS y F. MENDIOLA GONZALO (coords.), *Los trabajos forzados en la dictadura franquista*, Instituto Gerónimo de Uztáriz - Memoriam Bideak, 2007, pp. 18-26. Es reseñable la amplia y continua presencia de los trabajos en la jurisdicción militar, que tanta extensión tendrá en la represión franquista, a pesar de los cambios de época.

²¹ Véase P. FRAILE, "Los orígenes del panoptismo. El recogimiento de pobres según Miguel Giginta", en P. FRAILE (ed.), *Modelar para gobernar: el control de la población en el territorio de Europa y Canadá. Una perspectiva histórica*, Biblioteca de la Universitat de Barcelona, 2001, pp. 172-176. Según Fraile, el aumento de pobres durante el siglo XVI será, precisamente el estímulo para demandar la intervención del Estado, más allá de la caridad privada gestionada desde instituciones religiosas, y para poner en marcha esas experiencias de internamiento en instituciones reeducadoras que hicieron girar sus programas en torno al trabajo.

desembocó en peculiares estructuras arquitectónicas como el panóptico, las cuales podían encontrarse tanto en cárceles y correccionales, como en escuelas, hospitales y fábricas. En este sentido, debe recordarse que ya Bentham, defensor de la arquitectura del panóptico, fue partidario de incluir a individuos en situación precaria en casas de trabajo²². En todos estos lugares se agrupaban sectores de población considerados poco fiables, a los que hay que vigilar, reformar o corregir y en torno a las cuales, según sostenía Foucault, se fueron desarrollando discursos de saber, a través de dispositivos de control, vigilancia y disciplina²³.

Por otra parte, al uso del trabajo como mecanismo de corrección se había sumado también, desde finales del siglo XIX, su consideración como ámbito de reconocimiento de ciertas mejoras sociales que van más allá de los beneficios reconocidos en las tradicionales leyes de pobres. Estos beneficios perderán su impronta de caridad para erigirse jurídicamente como *derechos* (*poderes* de los individuos), en una transacción que las instituciones públicas aceptan para evitar aquellos conflictos que los encierros correctivos de individuos no pueden impedir, pues no se puede encerrar ni vigilar a toda la ingente masa de individuos pobres y potencialmente peligrosos que se daba como consecuencia de la cuestión social²⁴. Los derechos de tipo socio-laboral iban a favorecer, además de la mejora de la situación económica, el empoderamiento socio-político de estos grupos de individuos, sirviendo de cauce jurídico para sus reivindicaciones (por ejemplo, a través del derecho de huelga o de negociación colectiva).

Sobre la doble dimensión de los derechos socio-laborales, como mecanismo de control y corrección y como derecho-poder, el ordenamiento jurídico del Régimen franquista construyó un peculiar orden jurídico en el que la dimensión "poder" quedará diluida en una concepción de los derechos humanos netamente obligacional. Esta visión se correspondería a una concepción

²² Sobre estas cuestiones, véase M. QUINN, "On the relief of Indigence: An exercise in Applied Philosophy", *Utilitas*, vol.6, num. 1, 1994, pp. 81 y ss.

²³ Véase M. FOUCAULT, *Las palabras y las cosas*, Siglo XXI, México, 1968, Cuarta, pp. 91 y ss.; *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. A. Garzón del Camino, Gedisa, Barcelona, 15ª edición, 1988, pp. 199 y ss., en relación al panoptismo.

²⁴ Así lo subraya A. MONTOYA MELGAR, *Ideología y lenguaje de las primeras leyes laborales en España*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1975, pp. 9 y ss. Por otra parte, J. L. MONEREO PÉREZ, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo*, ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 15 y ss., nos recuerda que el Derecho del Trabajo se orienta, con carácter general, hacia dos funciones básicas: protección del trabajador y conservación del sistema social establecido, las cuales se expresan ya en la primera legislación social española.

antigua de los derechos, en el sentido dado por Zagrebelsky²⁵, donde los derechos sólo son medios para un fin, la eliminación de la injusticia, la cual se ha producido por la ruptura del orden universal. La ruptura se produce cuando no se cumplen los deberes que ese orden marca al ser humano. Una vez alcanzada su finalidad, el derecho, que no es más que medio supeditado a su fin, puede desaparecer. Los derechos se conciben, pues, como mecanismos de reparación y restauración del orden roto, es decir, como instrumentos que ayuden al cumplimiento de los deberes, reforzando los afanes disciplinarios y de ortopedia social que buscaba el Régimen, si bien se presentan como medios para lograr el perfeccionamiento del ser humano.

Tales presupuestos permitieron vaciar al trabajo de su dimensión de derecho-poder, escorándolo hacia una dimensión netamente disciplinaria, que se aminoraba o intensificaba según se considerara de desviada la conducta del individuo. Incluso se recupera la idea del trabajo como pena, por su carácter aflictivo, aunque las autoridades franquistas mostraron los trabajos forzados como una forma de ejercicio del derecho al trabajo que exige la aflicción como parte de la redención.

De esta forma, el trabajo se eleva a mecanismo de perfeccionamiento humano que ayuda a recomponer, a su vez, el orden del universo que se considera roto por la injusticia que representaba la República. La guerra fue el primer episodio de reconstrucción, con la que se eliminaba el sistema que lo rompió, pero aún quedaba por corregir y disciplinar a quienes la apoyaban, defendían o recordaban como orden político legítimo, obligándolos a colaborar en la reconstrucción, la cual no se limitaba únicamente a la devastación material sino que abarcaba también la reintegración de ese orden del universo, en la forma y con los principios con que lo entendieron los vencedores.

En un contexto de disciplina y control muy intensos, el trabajo se va a erigir en pieza fundamental, al ser considerado connatural al hombre, no sólo por ser pecador, sino por ser humano. Según se deduce de las Leyes Fundamentales del Régimen, el trabajo representaba la unión entre el individuo y la sociedad que el nacionalsindicalismo y el nacionalcatolicismo defendían, en contraposición al liberalismo y otras doctrinas de la democracia moderna, el capitalismo, el individualismo, el comunismo, el utilitarismo, el positivismo e incluso el iusnaturalismo racionalista, por entender que cada una de ellas potenciaba sólo una parte de esa dualidad: el individuo o la so-

²⁵ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, trad. Marina Gascón, y epílogo de Gregorio Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1995, pp. 75 y ss.

ciudad. También se rechazaba la lucha de clases, provocada por la ruptura de la unidad, lo que explica la criminalización de la libertad sindical, la huelga y la negociación colectiva.

La ideología del Régimen en torno al trabajo descansa, en última instancia, en un humanismo que se movió entre el tradicionalismo y el catolicismo social, y fue muy recurrente la reivindicación de una tradición hispana en leyes sociales²⁶. Estos presupuestos permitieron erigirlo en parte esencial de la naturaleza humana, en cuanto deber ineludible, cuyo cumplimiento se facilita considerándolo un derecho, y la generalidad de esta característica en todos los seres humanos permitió convertirlo, a su vez, en criterio de igualdad y jerarquía. Así, la dimensión emancipadora de los derechos humanos, como poderes subjetivos que el sistema de normas jurídicas protege, va a quedar rebajada a medio para cumplimiento de un deber que impregna la vida de la población; es decir, se reconocen derechos (como el derecho al trabajo) para cumplir deberes (como el deber de trabajar).

Este fundamento del derecho al trabajo en el deber se había elevado a Derecho positivo con la Declaración I, 3 del Fuero del Trabajo: "El derecho de trabajar es consecuencia del deber impuesto al hombre por Dios, para el cumplimiento de sus fines individuales y la prosperidad y grandeza de la Patria". Tal circunstancia explica que se atribuya al trabajo un origen divino que da al trabajador la más excelsa dignidad. Según Sancho Izquierdo y Prieto Castro: "Jesús, al venir a completar la ley de temor con la ley de gracia, reafirma esta dignidad del trabajo. No sólo con la teoría, sino también con la práctica. Dice Bossuet en su panegírico de San José: 'Que se alegren los que trabajan, Jesús es de su gremio, Jesús es su compañero, su camarada. Al trabajar con sus manos, el hijo de Dios santifica y consagra el trabajo'"²⁷.

Para el dirigente falangista José Luis Arrese, "[e]s obligatorio porque no se hizo supeditado a nuestra necesidad material, sino a nuestra naturaleza de engendrados; no la tenemos por haber nacidos pobres, sino por haber nacido

²⁶ Así por ejemplo lo defendieron F. GÓMEZ DE MERCADO, "España, creadora y maestra del Derecho Social", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 169, pp. 203 y ss. J. AZPIAZU, *Orientaciones cristianas del Fuero del Trabajo*, Burgos, 1939, pp. 15-18; L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Estudios de doctrina jurídica y social*, Bosch, Ariel, Barcelona, 1940, pp. 146 y ss.; M. PALANCAR, "La mujer y el trabajo", *Revista de Estudios Políticos. Suplemento de Política Social*, núm. 5, 1947, p. 30.

²⁷ Véase L. PRIETO CASTRO y M. SANCHO IZQUIERDO, *Ilustración popular al Fuero del Trabajo*, editorial Imperio, Zaragoza-Granada, p. 26.

reos”²⁸. Sin embargo, desde la doctrina jurídica de la época, Prieto Castro y Sancho Izquierdo consideraban el trabajo como un deber impuesto por Dios desde el inicio de la creación, que se volvió doloroso cuando el hombre pecó²⁹. Para Marcelo Catalá Ruiz, “el hombre es el único ser de la Naturaleza que está condenado y dotado a la vez por Dios a la pena y la gracia del trabajo”³⁰. Tuviera carácter redentor o no, el trabajo se consideraba un deber innato a la naturaleza humana, impuesto por Dios al ser humano: como decía el padre Azpiazu en sus comentarios al Fuero del Trabajo, “[e]l hombre ha nacido para el trabajo como el ave para volar”³¹.

Se percibe pues la presencia de la concepción cristiana tradicional del trabajo, elaborada por la patrística y la escolástica, que, siguiendo a Felice Bataglia³², tiene las características de la penalidad y sufrimiento, debido al pecado de Adán, de modo que sirve para expiar esa culpa y restablecer de nuevo la paz entre Dios y los hombres. Por otra parte, el trabajo sirve para evitar la ociosidad, que nos hace más débiles al demonio, pues humilla el cuerpo y recuerda al hombre que ha venido a vivir en un valle de lágrimas hasta su redención. Por lo tanto, el trabajo es obligatorio para todos los hombres, no sólo por la igual condición de pecadores, sino porque no deben constituirse en una carga para la comunidad. De esta forma, el trabajo es el origen de la propiedad y también criterio de jerarquía: primero el trabajo intelectual o contemplativo que realizan aquellos hombres privilegiados que no necesitan para vivir de su fatiga. Entonces su deber consiste en la contemplación de Dios y en el amor y caridad al prójimo, mediante buenas obras. Tras estos hombres está el trabajador manual, y dentro de este, en primer lugar el agricultor, luego el artesano y después el comerciante.

La concepción cristiana del trabajo se une en el Fuero del Trabajo a la ideología nationalsindicalista acerca de la primacía de la comunidad nacional sobre el individuo, para erigirlo en un deber social irresistible como tri-

²⁸ Véase J. L. ARRESE, *La revolución del Nacional-Sindicalismo*, ed. Nacional, Madrid, 1940, p. 57.

²⁹ Véase L. PRIETO CASTRO y M. SANCHO IZQUIERDO, *Ilustración popular del Fuero del Trabajo*, cit., p. 25.

³⁰ Véase M. CATALÁ RUIZ, “La Justicia Social y la Empresa”, en AA.VV., *Justicia Social*, ediciones del Departamento central de Seminarios de la Delegación nacional de Provincias de FET y de las JONS, Madrid, 1953, p. 51

³¹ Véase J. AZPIAZU, *Orientaciones cristianas del Fuero del Trabajo*, cit., pp. 33 y 37.

³² Véase F. BATAGLIA, *Filosofía del trabajo*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, capítulos III y IV. Contiene un estudio preliminar de Francisco Elías de Tejada.

buto al Estado: "El trabajo como deber social –decía la Declaración I, 5 del Fuero del Trabajo–, será exigido inexcusablemente, en cualquiera de sus formas, a todos los españoles no impedidos, estimándolo tributo obligado al patrimonio nacional"; mientras que en el artículo 24 del Fuero de los Españoles se consideraba que "[t]odos los españoles tienen derecho al trabajo y el deber de ocuparse en alguna actividad socialmente útil". De esta forma, el trabajo no sólo sirve para redimir el pecado sino también para engrandecer la patria, ocupándose en algo útil, muy necesario por lo demás para la reconstrucción de un país en ruinas y aislado hacia el exterior.

La necesidad de ocuparse en algo útil ya estaba en FET de las JONS, cuya norma programática decía: "el Estado Nacional Sindicalista no tributará la menor consideración a los que no cumplen función alguna y aspiran a vivir como convidados a costa del esfuerzo de los demás". Primo de Rivera, en un artículo significativamente titulado *Señoritisimo* había advertido: "El ocioso, convidado a la vida sin contribuir en nada a las comunes tareas, es un tipo llamado a desaparecer en toda comunidad bien regida. La humanidad tiene sobre sus hombros demasiadas cargas para que unos cuantos se consideren exentos de toda obligación"³³.

Así pues, el trabajo tenía la finalidad individual de procurar sustento al trabajador y su familia, pero también una finalidad social: la de ser útil a los demás y no convertirse en una carga para ellos. Ambas aparecieron expresadas en la Declaración I, 1 del Fuero del Trabajo: "El trabajo es la participación del hombre en la producción mediante el ejercicio voluntariamente prestado de sus facultades intelectuales y manuales, según la personal vocación en orden al decoro y holgura de su vida y al mejor desarrollo de la economía nacional". No obstante, desde el catolicismo social se defendió que "el que no puede cumplir el deber de trabajar ni, en consecuencia, ejercitar el correspondiente derecho, está asistido por el derecho natural a ser socorrido"³⁴. Estas ideas podrían servir para fundamentar el derecho a percibir el subsidio del paro, que, sin embargo, tenía sus detractores, como el Ministro de

³³ Véase J. A. PRIMO DE RIVERA, "Señoritisimo", *FE*, núm. 4, 25 de enero de 1934, *José Antonio y la Revolución Nacional*, textos seleccionados por Rafael DEL RÍO CISNEROS, Ediciones del Movimiento, 1972, p. 242.

³⁴ Véase E. GUILLÉN ESTRADA "El trabajo, la pobreza y el socorro", *Fomento Social*, vol. II, num. 5, enero-marzo, 1947, p. 39. L. PRIETO CASTRO y M. SANCHO IZQUIERDO, *Ilustración Popular del Fuero del Trabajo*, cit., 1938, p. 27, se hicieron eco de esta idea, recogiendo el Principio II del Sindicalismo Obrero Católico: "el que cumple el deber de trabajar tiene derecho a vivir una vida decorosa hasta cuando no trabaja sin su culpa".

Trabajo Girón de Velasco, porque consideraba que podía conducir a la molicie y la pereza. Por esta razón, las ayudas contra el paro se concedieron si era de carácter “involuntario”.

En este contexto, el derecho al trabajo y otros derechos a él conectados (salario familiar, descanso remunerado y jornada laboral limitada, salubridad e higiene en el trabajo, participación en los beneficios y dirección de la empresa, previsión social o educación) se disfrutaron como medios o instrumentos para cumplir deberes (deber de trabajar, deberes familiares del *pater familiae*, deber de recuperar las fuerzas y cuidar de sí mismo en el trabajo, o de formarse profesionalmente para cultivar los dones que Dios ha dado a cada cual)³⁵.

La naturaleza intrínsecamente laboral de los hombres llevó a erigir el trabajo en criterio de ciudadanía, igualdad jurídica y, al mismo tiempo, de jerarquía y honor, como se defendía en la concepción cristiana del trabajo. Así se reconoció en sus Leyes Fundamentales: “El trabajo –según la Declaración I, 6 del Fuero del Trabajo- constituye uno de los más nobles atributos de jerarquía y de honor y es título suficiente para exigir la asistencia y tutela del Estado”. Esta idea se renovaba en 1958, con la Declaración X de la Ley de Principios del Movimiento: “Se reconoce el trabajo como origen de jerarquía, deber y honor de los españoles...”³⁶.

En adelante, todos los españoles son considerados trabajadores, y todos unidos forman un mismo bando: el de la *comunidad del trabajo*. En esta comunidad orgánica se integran tanto los obreros o trabajadores manuales, como

³⁵ Sobre la naturaleza de los derechos sociales en el franquismo, véase J. D. RUIZ RESA, *Los derechos de los trabajadores en el franquismo*, cit., capítulos 5 y 6, pp. 202 y ss.

³⁶ A partir de estos presupuestos, algunos juristas de la época como J. CORTS GRAU, “Sentido español de la democracia”, *Revista de Estudios Políticos*, num. 25.26, 1946, p. 16, afirmaron que en el Régimen se había producido la “compenetración entre la profesionalidad y la ciudadanía, para garantizar la “unidad frente a la dispersión” y “el sentido conciliador frente a la lucha de clases. Para L. LEGAZ Y LACAMBRA, “Espíritu económico de España. Sentido del trabajo en el Derecho español y especialmente en el ‘Fuero del Trabajo’”, en *Estudios de doctrina jurídica y social*, ed. Bosch, Barcelona, 1940, p. 145, “[el] trabajo, pues, es el criterio para la igualdad jurídica en el Estado nacionalsindicalista, así como el sufragio lo era en la democracia jacobina. Pero no sólo es el trabajo el criterio para la igualdad, sino también para la jerarquía (...); ese honor y esa jerarquía son accesibles a “todos”, puesto que para todos los españoles vale el trabajo como derecho y como deber. Resulta así de esta noción del trabajo un concepto de igualdad que sintetiza los valores de la individualidad y los de la comunidad, cuyas consecuencias para el orden jurídico del nuevo Estado no podrán menos de ser extremadamente fecundas y renovadoras”.

los patronos y los técnicos o trabajadores del espíritu. Se considera que todos ellos componen un grupo compacto y sin fisuras³⁷, compartiendo los mismos intereses. Por esa razón, el Derecho del Trabajo no se concibe como un "derecho de clase"³⁸.

No extraña entonces que se defendiera también una organización política de tipo corporativista, como se aprecia sobre todo en la ideología nacionalsindicalista, la cual pretendía institucionalizar la compenetración entre patria y trabajo, hasta el punto de que algunos de sus defensores, como Arrese, describieron el nuevo Estado español como "una enorme y única colmena de la que se expulsará a todo aquel que no cumpla función determinada, y en la que habrá muchas funciones que realizar"³⁹. Como es sabido, la organización corporativa del Estado en torno al trabajo se presentó sobre dos ejes institucionales: por un lado, el Sindicato vertical, comunidad en que se agrupaban todos los trabajadores-productores por ramas de producción, y a la que se otorgaron unas funciones políticas de ordenación de la economía, la política social y las relaciones laborales (Declaración XIII del Fuero del Trabajo)⁴⁰; por otra parte, se diseñaron unas Cortes organicistas en las que la población participaba a través de las corporaciones o comunidades en las que como trabajador se hallaba encuadrado, según se disponía en la Ley constitutiva de Cortes de 17 de julio de 1942.

A pesar de sus proclamas, el franquismo siguió siendo un estado capitalista⁴¹ y para blindarlo, se puso en marcha un dirigismo estatal en la econo-

³⁷ Véase J. L. ARRESE, *La revolución del Nacional-Sindicalismo*, op. cit, p. 62. J. A. PRIMO DE RIVERA, "Discurso en Madrid", 19 de mayo de 1935, en *José Antonio y la revolución nacional*, cit., p. 228.

³⁸ Véase SANMIGUEL ARRIBAS, "La inspección del trabajo y la política social", *Cuadernos de Política Social*, num. 9, 1951, p. 35.

³⁹ Véase J. L. ARRESE, *La revolución del Nacional-Sindicalismo*, cit., p. 61.

⁴⁰ Se trataba de una idea de Ramiro Ledesma, inventor de la idea nacionalsindicalista de Estado, inspirada en el anarcosindicalismo. Véase L. LEGAZ Y LACAMBRA, "Historia de una idea nacionalsindicalista", en *Estudios de doctrina jurídica y social*, cit., p. 225. También cultivó esta idea J. A. PRIMO DE RIVERA, "Conferencia pronunciada en el curso de formación organizado por FE de la JONS el día 28 de marzo de 1935, en *José Antonio y la Revolución nacional*, op. cit., p. 136: "Los Sindicatos son cofradías profesionales, hermandades de trabajadores, pero, a la vez, órganos verticales en la integridad del Estado. Y al cumplir el humilde quehacer cotidiano y particular se tiene la seguridad de que se es órgano vivo imprescindible en el cuerpo de la Patria. Se descarga así al Estado de mil menesteres que ahora innecesariamente desempeña. Sólo se reserva los de su misión en el mundo, ante la historia".

⁴¹ Véase J. M. MARAVALL, *Los resultados de la democracia*, Alianza ed. Madrid, 1995, p. 66. Sobre la influencia de un representante canónico de la economía clásica, Say, al que incluso

mía⁴² que fue muy intenso en el ámbito de las relaciones laborales y permitió encuadrar a toda la población en las tareas de reconstrucción del país, justificando horas de trabajo gratis⁴³. Una ulterior consideración del deber de trabajar, percibiéndolo como acto de servicio (según hiciera también Mussolini⁴⁴), y conectándolo de nuevo con una antropología ascética que nacionalcatólicos y nacionalsindicalistas defendían como parte esencial del ser español⁴⁵, permitió justificar los bajos salarios y las horas extras sin abonar: “Hoy hay que servir –había dicho ya Primo de Rivera–. La función de servicio, de artesanía, ha cobrado su dignidad gloriosa y robusta. Ninguno está exento –filósofo, militar o estudiante– de tomar parte en los afanes civiles. Conocemos este deber y no tratamos de burlarlo”⁴⁶. Y así, las Leyes Fundamentales del Régimen recogieron el *trabajo como servicio* en la Declaración I, 7 del Fuero del Trabajo: “Servicio es el trabajo que se presta con heroísmo, desinterés o abnegación, con ánimo de contribuir al bien superior que España representa”.

De manera muy pertinente, se alabó la vida austera, propia de los místicos del siglo de oro, frente al hedonismo que se atribuye al liberalismo y al capitalismo. Si bien esta austeridad resulta apreciable en otros fascismos como el

elogiaron los nacionalsindicalistas, véase A. ANDREASSI CIERI, “Trabajo y empresa en el nacionalsindicalismo”, en Ferrán GALLEGO y Francisco MORENTE (eds.), *Fascismo en España*, cit., p. 29.

⁴² Defendido por J. GARRIGUEZ DÍAZ-CAÑABATE, *Tres Conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo*, ed. Fe, Madrid, 1939.

⁴³ Un ejemplo fue la prestación personal a favor del Estado, de 1939, por la cual se obligaba a todos los hombres entre 18 y 50 años a trabajar para el Estado durante 15 días al año en obras y actividades de interés público; también en las empresas. Esto fue especialmente notorio en la industria minera, donde las horas extraordinarias, no siempre pagadas, llegaron a superar las cien horas mensuales. Véase C. MOLINERO y P. YSÁS, *Productores disciplinados y minorías subversivas: clase obrera y conflictividad en la España franquista*, Siglo XXI editores, Madrid, 1998, p. 22. Sobre el ámbito agrario, véase M. T. ORTEGA, “Las miserias del fascismo rural. Las relaciones laborales en la agricultura española, 1936-1948”, *Historia Agraria*, num. 43, 2007, pp. 534-537.

⁴⁴ Véase A. MONTOYA MELGAR, *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, cit., p. 305.

⁴⁵ Así lo apunta J. JIMÉNEZ CAMPO, “Rasgos básicos de la ideología dominante entre 1939 y 1945”, *Revista de Estudios Políticos*, num. 16, 1980, p. 111.

⁴⁶ Véase J. A., PRIMO DE RIVERA, “España incómoda”, *Haz*, primera época, núm. 1, 26 de marzo de 1935, en *José Antonio y la Revolución Nacional*, cit., 346. En la misma línea: “Esta generación, depurada por el peligro y el desengaño, puede buscar en sus propias reservas espirituales acervos de abnegada austeridad. Cuando se ha aprendido a sufrir, se sabe servir. En el ánimo de servicio está el secreto de nuestro triunfo. Queremos ganar España para servirla”. Véase J. A. PRIMO DE RIVERA “Juventudes a la intemperie”, *Arriba*, núm. 18, 7 de noviembre de 1935, en *José Antonio y la Revolución Nacional*, cit., p. 345.

italiano⁴⁷, el control de los apetitos de la carne y el sufrimiento corporal son formas de sublimación religiosa que se aplauden en el Régimen franquista: "Vida de austeridad, vida de mortificación, rectificación de nuestra conducta necesitábamos en España. Estábamos acostumbrados al placer, al regalo, a la disipación, al optimismo. No sabíamos de vencimientos, de privaciones ni de sacrificios. Comíamos mucho, nos regalábamos más y trabajábamos poco"⁴⁸.

Trabajar será considerado, pues, el deber básico que el orden del universo impone a los seres humanos, ante el que no deben rebelarse sino doblegarse para alcanzar su perfección. Fue, por lo tanto, sobre toda la amplia población, y no sólo sobre la población interna en cárceles, campos de concentración o reformatorios, sobre la que se practicó este control y vigilancia mediante el trabajo, al que junto a la nota de salvación espiritual, se añadió una consideración como derecho completamente despojada de su significación histórica de poder del individuo. De esta forma, se dotó al trabajo de unas dimensiones mesiánicas y redentoras que garantizaron la sumisión de la población al Régimen franquista.

Esta necesidad de control y disciplina explicaría por qué junto al discurso de dignidad y honor del trabajo también se cernieron numerosas normas sancionadoras en el ámbito laboral, que afectaron sobre todo a los trabajadores, sospechosos por su clase social de cruzar la línea en cualquier momento hacia el amplio dominio de la ilegalidad que se dio en el franquismo, y que abarcaba toda actitud o comportamiento de los que las autoridades pudiera deducir algún tipo de desafecho⁴⁹. Se habló así del *Derecho penal del Trabajo* o *Policía disciplinaria de trabajo*⁵⁰, sin reparar en las especificidades sanciona-

⁴⁷ Véase A. MONTOYA MELGAR, *Ideología y lenguaje de las leyes laborales de España (1873-1978)*, cit., p. 305.

⁴⁸ Véase MARTÍN HERNÁNDEZ, "Memento homo", *El Norte de Castilla* (citado por J. JIMÉNEZ CAMPO, "Rasgos básicos de la ideología dominante entre 1939 y 1945", cit., p. 111).

⁴⁹ Han resaltado esta idea de control y vigilancia que la legislación laboral ejerció sobre la clase trabajadora C. MOLINERO y P. YSÀS, *Productores disciplinados y minorías subversivas: clase obrera y conflictividad laboral en la España franquista*, op. cit.; C. MOLINERO, *La captación de las masas: política social y propaganda en el Régimen franquista*, Madrid, Cátedra, Madrid, 2005. C. MOLINERO, "El reclamo de la 'justicia social' en las políticas de consenso del Régimen franquista", *Historia social*, num. 56, 2006, pp. 93-110. Lo mismo se ha resaltado en relación a la legislación asistencial, que se aplicó también a la clase trabajadora, por lo común muy empobrecida. Véase al respecto L. SÁNCHEZ BLANCO, "Auxilio social y la educación de los pobres: del franquismo a la democracia", *Foro de Educación*, num. 10, 2008.

⁵⁰ Según el laboralista J. PÉREZ LEÑERO, "Derecho penal de trabajo español", *Anuario de Derecho Penal*, 1949, pp. 487 y ss., el Derecho Penal del Trabajo hacía referencia a un con-

doras y competenciales de los diferentes ámbitos jurídicos que se ocupaban del tema, y sin ningún respeto por la separación de poderes en su desarrollo normativo⁵¹.

Los elementos que hemos visto convierten el trabajo en un mecanismo central de la dominación política y social del franquismo, donde adopta una dimensión armonizadora, reeducadora y expiativa que permite respetar el orden universal que el nuevo Estado pretende encarnar, y garantizar la perfección del ser humano, según ese orden. Su presencia en el campo jurídico penal y penitenciario adoptará, sin duda, caracteres específicos, pero su funcionamiento allí y, sobre todo, su consideración como *derecho*, no puede entenderse del todo sin los presupuestos que se acaban de exponer y que retomaremos al analizar las especificidades de la redención de penas por el trabajo.

junto de normas de carácter jurídico-laboral que regulaban el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando al delito laboral como presupuesto, la pena laboral como consecuencia jurídica. Para hacer referencia a estas normas también se utilizaban expresiones como *Derecho Administrativo penal de trabajo* o *Policía de trabajo*, si bien para Pérez Leñero el término adecuado era *Policía disciplinaria de trabajo*, pues engloba a los otros dos, y además incluye instituciones como los premios que previenen y educan en el orden laboral al mismo tiempo que garantizan la “disciplina en el trabajo”, en su doble dimensión privada (contractual y empresarial) y pública (economía nacional). Por lo demás, la Política disciplinaria del trabajo se considera, como la Política criminal, una actividad científica, lo que, como se verá, abunda en la idea de Foucault de que el panoptismo determina el desarrollo de nuevas ciencias. En este sentido, los fundamentos económicos de esta Política disciplinaria le llevarían a considerar que “no basta reconocer solamente al Estado el derecho general de castigar, considerando que el delito laboral sea solamente en el fin de un delito común contra el Estado, sino que hay que reconocerle un derecho específico de penar actos delictivos, sólo y exclusivamente laborales (falta de rendimiento, etc.), que, aunque no suponga alteración de orden, ni estén tipificados en el Derecho penal común, sólo por atacar la economía en su mayor o menor producción, es ya un delito político. Esto respecto al Estado, pues respecto al empresario, su fundamento inmediato es su Jefatura de Empresa, de naturaleza política económica”.

⁵¹ Hasta la reforma de 1971 del Código penal, no se delimitaron de manera clara los delitos sociales cuya sanción correspondía, por su gravedad, al Derecho penal, frente al Administrativo o al Laboral. De manera específica, el artículo 499 bis consideró como tales las infracciones más graves contra los derechos de los trabajadores. Pero, cuando, algunos años después, el penalista Sainz Cantero analizaba la eficacia de esta norma, apuntó a la falta de coordinación entre las Magistraturas de Trabajo y los Tribunales ordinarios, ya que las primeras no informaban de esa dimensión penal a los segundos, por lo que las conductas ilícitas sólo quedaban sancionadas en su vertiente administrativo-laboral. Véase J. A. SAINZ CANTERO, “Los delitos laborales, cinco años después”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm.1, Cursos e Congresos num. 9. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela., 1977.

3. EL DERECHO AL TRABAJO DE PRISIONEROS Y PRESOS

Aunque las cárceles franquistas no pueden equipararse a una empresa, ni siquiera en aquellos años, la finalidad del Régimen fue hacer de ellas un centro de producción con trabajadores similares a los libres. Así se deduce de las palabras de Ángel B. Sanz, Director General de Prisiones, recogidas en la *Memoria del Patronato de Redención de Penas por el Trabajo* de 1945: "La tentativa de una estructuración penitenciaria cuya osatura fuese la cárcel, pero cuya vitalidad fuese la producción, ha dado los resultados que comprobará el lector, llegando al ideal de que la casi totalidad de la población reclusa trabaja, no como forzados, sino como obreros libres, con el disfrute pleno de las ventajas sociales concedidas por nuestra avanzada legislación social"⁵². Por lo demás, en la misma *Memoria* se habla del "trabajador recluso" (por este orden), y de que su trato se equipare al del obrero libre⁵³. Sin embargo, y a pesar de las coincidencias, el "derecho al trabajo" de prisioneros y presos franquistas tuvo un régimen jurídico y una justificación ideológica que, además de evidenciar numerosas contradicciones y amplios márgenes de discrecionalidad para las autoridades franquistas, muestra las peculiaridades que separaron a los trabajadores reclusos de los trabajadores libres. Veamos en lo que sigue estas cuestiones, analizando la normativa aplicable y los estudios que sobre la misma realizó la doctrina jurídica de la época, en la medida en que estos estudios ayudaron a configurar, a partir de una normativa abundante y confusa, el régimen jurídico del trabajo desarrollado en campos de concentración y en instituciones penitenciarias, así como a delimitar su alcance y objetivos según unos principios que también estaban presentes en la ideología laboralista franquista.

3.1. Régimen jurídico

Determinar el régimen jurídico del derecho al trabajo de presos y prisioneros durante el franquismo no es una tarea fácil, ya que la normativa fue ingente⁵⁴, fragmentaria y dispersa, especialmente en el período comprendi-

⁵² Véase *La obra de redención de penas. La doctrina. La práctica. La legislación, memoria que eleva al Caudillo de España y a su gobierno el Patronato General de Nuestra Señora de la Merced para la redención de penas por el trabajo*, cit., p. 5.

⁵³ *Ibidem*, pp. 35 y 37.

⁵⁴ Bueno Arús habla de "riada". Véase F. BUENO ARÚS, "La redención de penas por el trabajo en el ordenamiento jurídico español", (extracto de su tesis doctoral), *Boletín del*

do entre 1936 y 1944, dedicado a la institucionalización del sistema penal y penitenciario franquista, que algunos extienden hasta 1948. Además de las disposiciones jurídicas que van delimitando la Redención de Penas por el Trabajo⁵⁵, estuvieron también las disposiciones destinadas a gestionar y clasificar a los presos políticos y prisioneros en tiempo de guerra y durante los años siguientes a su fin⁵⁶, y las disposiciones que preveían más medidas para aligerar su ingente número, como la libertad condicional, conectada a la

Ministerio de Justicia, num. 1002, p. 4. [disponible en <http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite> (última visita 14/6/2015)]

⁵⁵ Decreto 281 de 1 de junio de 1937 por el que se concede el derecho al trabajo a los prisioneros y presos “rojos”; Orden de 7 de octubre de 1938 por la que se crea el Patronato Central de redención de Penas por el Trabajo; Orden del Ministerio de Justicia de 14 de noviembre de 1939 por la que se crea el cargo de Inspector general de Talleres Penitenciarios; Decreto del Ministerio de Justicia de 5 de abril de 1940, por el que se extienden los beneficios de la Redención de Penas por el Trabajo, en las condiciones que se indican, a los penados que hayan cumplido sesenta años de edad; Orden del Ministerio de Justicia de 27 de septiembre de 1940 por la que se autoriza a reclusos con condenas mayores a acceder a la redención de penas por el trabajo siempre que hayan cumplido parte de la condena y lo que le quede por cumplir sea inferior a 12 años y 1 día; Orden de 30 de junio de 1940 que reconoce la continuación del disfrute al beneficio en los días festivos y casos de accidente laboral y fuerza mayor; Orden ministerial de 14 de marzo de 1939, que excluye del derecho a redimir a quienes trataran de evadirse y los que cometieran nuevo delito; el Decreto de 9 de junio de 1939, sobre conexión entre la libertad condicional y la redención de penas por el trabajo; Orden ministerial de 11 de septiembre de 1939, sobre cómputo de horas extraordinarias; Orden ministerial de 3 de febrero de 1940, que concede el beneficio a las madres lactantes; el Decreto de 23 de noviembre de 1940, que regula la redención por el esfuerzo intelectual; la Orden ministerial de 30 de diciembre de 1940, que reconoce la continuación del disfrute al beneficio en los días festivos y casos de accidente laboral y de fuerza mayor; la Orden ministerial de 14 de diciembre de 1942, refundición de las normas reguladoras; y el Acuerdo del Patronato de 10 de agosto de 1943, que eleva hasta cinco a uno la proporción entre días redimidos y días de trabajo efectivo; Orden del Ministerio de Justicia del 25 de abril de 1941 que hace extensivas las posibilidades de redención de penas por el trabajo a todos los reclusos, independientemente de sus penas, estableciendo un orden de preferencia empezando con los de menor condena a partir de 12 años y 1 día; Orden del Ministerio de Justicia de 16 de diciembre de 1942 por la que se recogen las diversas disposiciones dictadas en relación con la Redención de Penas por el Trabajo; con las modificaciones que se establecen; Orden 10 de junio de 1943 que crea la Junta Técnica Superior de Prisiones que se hace cargo de la gestión de los talleres y las obras que se realizan en las cárceles.

⁵⁶ Orden General de Clasificación de 11 de marzo de 1937 que establecía los criterios de clasificación de los prisioneros de guerra (afectos, dudosos y desafectos) en campos de concentración, los cuales estaban bajo la autoridad de la Inspección de Campos de Concentración de Prisioneros (ICCP), creada a por la Orden de 5 de julio de 1937; Orden de la Presidencia de 9 de enero 1940 que constituye las Comisiones Provinciales de Clasificación de Presos.

Redención de Penas por el Trabajo⁵⁷. En todos estos casos, estamos ante disposiciones que siempre emanan del gobierno o del Ministerio de Justicia⁵⁸.

Desde el punto de vista institucional, también hay que tener en cuenta que el propio sistema penitenciario se reorganizará a partir de la creación del Servicio Nacional de Prisiones, en 1938, dependiente del Ministerio de Justicia, igualmente creado en 1938; aunque hasta bien avanzada la década de los años 40 existirá la estructura de los campos de concentración, bajo mando militar durante la guerra y, luego, dependiente del Ministerio del Ejército.

⁵⁷ Decreto de 9 de junio que desarrolla la conexión entre la redención de penas por el trabajo y la libertad condicional; Ley de 1º de octubre de 1940, que concede los beneficios de la libertad condicional si se ha cumplido la mitad de la pena, a los condenados a 12 años y 1 día; Ley de 4 de junio de 1940 que recurre a los beneficios extraordinarios de la libertad condicional para excarcelar presos, según la cual, podían salir de prisión los condenados por la jurisdicción militar a penas inferiores a 6 años y 1 día y hasta 12 con la mitad de la condena cumplida, siempre que hubieran manifestado una conducta ejemplar y tanto su actuación pasada como el delito por el que fueron condenados permitan suponer que la corrección de los mismos quede satisfecha, además de ser favorables los informes que debían emitir el Alcalde, el Jefe local de FET y de las JONS y el Jefe de la Guardia Civil de su anterior residencia; Decreto de 23 de noviembre de 1940 sobre aplicación de los beneficios extraordinarios de la libertad condicional otorgados por Ley de 4 de junio a los condenados a penas no superiores a 6 años en situación de libertad provisional o de prisión atenuada durante la tramitación del proceso; Decreto de la Presidencia de 1 de abril de 1941 por el que se crea la situación jurídica de libertad condicional a favor de determinados penados (los comprendidos entre las leyes de 4 de junio y 1º de octubre de 1940 y el Decreto de 5 de abril de 1940, cuando la situación jurídica de libertad condicional provisional a favor de los penados a quienes las Comisiones Provinciales de Examen de Penas hayan propuesto para la conmutación de acuerdo con la Orden de 25 de enero de 1940); Orden de la Presidencia de 25 de enero de 1940 que establece las Comisiones de examen de penas para revisar las condenas impuestas por delitos de rebelión y ajustadas a las nuevas normas; Ley de 16 de octubre de 1942 por la que se concede la libertad condicional a los sentenciados por el delito de rebelión, hasta el máximo de 14 años y 8 meses; Ley de 13 de marzo (rectificada) por la que se concede la libertad condicional a los penados por delito de rebelión de penas que no excedan de 20 años; Decreto de la presidencia del gobierno de 29 de septiembre de 1943 que permite a los condenados mayores de 70 años a propuesta del Patronato de Redención de Penas por el Trabajo, acceder a la libertad condicional independientemente de la condena; Decreto de la Jefatura de Estado de 17 de diciembre de 1943 que concede la posibilidad de excarcelación en libertad condicional a los reclusos con penas de 20 años y 1 día y a aquellos con condenas superiores en determinadas condiciones, liquidando "los delitos que se produjeron durante la Cruzada").

⁵⁸ Según F. BUENO ARÚS, "Conclusiones sobre la redención de penas por el trabajo", *Boletín 1123 del Ministerio de Justicia*, 1974, p. 4., [disponible en <http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite> (última visita 14/6/2015)], el Código Penal de 1944 marca "la competencia administrativa en la aplicación de la redención de penas por el trabajo" y "deja a salvo la competencia legislativa en su regulación".

En tal sentido, debe recordarse que si algo caracterizó el Régimen franquista fue la provisionalidad de sus instituciones hasta la Ley Orgánica del Estado de 1967 y, como consecuencia, ciertas continuidades con épocas pasadas⁵⁹.

Esta normativa dispersa se reorganizará a partir de la entrada en vigor del nuevo Código penal en 1944, el Reglamento de Trabajo Penitenciario, aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946 (siendo sus modificaciones más significativas las que establece el Decreto de 25 de enero de 1968, que introduce una dimensión más científicista de los penados, y la del Real Decreto de 29 de julio de 1977), y el nuevo Reglamento de Prisiones de 1948, reformado en 1956 (reforma que lo adapta a las Reglas Mínimas de Ginebra de 1955), 1968 y 1977. De manera específica, la redención de penas por el trabajo se contemplaría en el artículo 100 del Código penal de 1944, reformado en 1963 y 1973; los artículos 37-40 del Reglamento de Trabajo Penitenciario, y los artículos 84 a 108 del Reglamento de los Servicios de Prisiones, de 1948, que pasarían a ser artículos 65 al 79 en la mencionada reforma de 1956.

No hay que olvidar tampoco que la Redención de Penas por el Trabajo nació en el seno del Derecho penal militar, en una etapa (1937-38) en la que se había vuelto a la militarización del régimen penitenciario, y se aplicaba a condenas impuestas por Tribunales Militares, competentes en virtud del Código de Justicia Militar de 1890. Cuando se incorpora al Código de 1944 y pasa a aplicarse a las condenas impuestas por la jurisdicción ordinaria no se suspende

⁵⁹ Según I. RIVERA BEIRAS "El autoritarismo político criminal", en I. RIVERA BEIRAS, *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, 2005, pp., 117 y ss., en el ámbito penitenciario, y a pesar de las diferencias ideológicas y de la propia guerra, las normas de la II República tienen cierta continuidad en el franquismo, al igual que las normas de la dictadura de Primo de Rivera. Incluso se acoge al sistema progresivo de ejecución de penas privativas de libertad, donde el trabajo ocupa un lugar central, y cuya presencia se detecta en nuestro país con el Real Decreto de 3 de junio de 1901. En este sistema, según recuerda P. FERNÁNDEZ ARTIACH, *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, op. cit., pp. 63 y 64, se somete al recluso a un tratamiento en el que se encuentran elementos como el trabajo, presente en todos los períodos de ejecución de la pena, el aislamiento, la enseñanza –siguiendo aquí la trilogía de John Howard–, así como la disciplina rigurosa y los premios. La finalidad fue también conseguir el "arrepentimiento del penado y su propósito de enmienda, para volver a la vida honrada". Esta tradición se percibe en la circunstancia de que el Reglamento de 1948, que delimita la institución de Redención de Penas por el Trabajo, mantiene lo previsto en el Real Decreto de 5 de mayo de 1913 por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prisiones, cuya finalidad era también la corrección y reforma del penado. Por otra parte, también estuvo vigente el Reglamento de prisiones de 1930, restablecido por Decreto de 22 de noviembre de 1936. Interesa señalar que hubo continuidades igualmente en relación a la legislación socio-laboral con estas épocas.

su aplicación por la justicia militar, aunque las condenas se cumplan en establecimientos dependientes de la Dirección General Penitenciaria. Hasta 1952, con el Decreto Ley 1 de febrero de 1952 (modificado por Ley de 21 de diciembre de 1965), no se dispondrá la aplicación de la redención de penas a las condenas impuestas por Tribunales militares y cumplidas en establecimientos militares.

La Redención de Penas por el Trabajo estuvo vigente en España hasta la reforma del Código penal, en 1995 y la reforma de 1996 del Reglamento de prisiones. No obstante, existió un régimen transitorio para aquellas personas a las que, habiendo sido condenadas según el código de 1973, no se les había revisado las condenas por serles más favorables que con el código de 1995⁶⁰. Mientras duró, el sistema de Redención de Penas por el Trabajo permitía al recluso redimir, por regla general, un día de condena por cada dos de trabajo. No obstante hubo especificidades, según el tipo de trabajo y, durante el franquismo, se premió con más redención de días la instrucción religiosa, lo que enfatiza la dimensión salvífica y adoctrinadora que se dio a la institución⁶¹.

En las sucesivas reformas del Código penal y del Reglamento de los Servicios de Prisiones que se han mencionado, la Redención de Penas se fue ampliado, de los prisioneros y presos políticos a los presos comunes, así como también se fueron eliminando iniciales restricciones como que no la pudieran disfrutar quienes ya habían redimido antes o si se estaba condenado a penas inferiores a 2 años. No todos los internos pudieron acogerse, pues, a la redención de penas por el trabajo, si bien en el Reglamento de Trabajo Penitenciario de 1946, el trabajo se consideraba obligatorio para los

⁶⁰ L. LLEDOT LEIRA, "La redención de penas por el trabajo y la firmeza de la resolución judicial de concesión", *Boletín del Ministerio de Justicia*, num. 1782-83, p. 7. Las razones para su eliminación pasan desde el repudio a su origen en el franquismo hasta la eliminación de todo mecanismo que pudiera ayudar a rebajar las penas de los etarras condenados. Sobre estas cuestiones, véase J. C. RIOS MARTÍN, y M. C. SÁEZ RODRÍGUEZ, "Del origen al fin de la doctrina Parot", *InDret*, num. 3, 2014.

⁶¹ Por ejemplo, en el artículo 21 de la Orden de 14 de noviembre de 1942 se dispuso que el esfuerzo intelectual diera "derecho a redención de penas", lo que ocurría por ser maestro auxiliar (1 día por cada 4 horas de clase), asistir y aprobar los cursos de enseñanza de cultura general (2 meses si deja de ser analfabeto y 3 por cada uno de los demás grados de enseñanza y siempre que tengan un mínimo de 4 horas diarias de clase) y formar parte de agrupaciones artísticas (1 día por cada 4 horas dedicadas a las actuaciones de la agrupación). La adquisición específica de instrucción religiosa daba derecho a una redención de 2, 4 y 6 meses, según se obtuviera el aprobado de conocimientos de "nuestra religión" en sus grados elemental, medio o superior. El artículo 22 también contemplaba la redención de penas extraordinaria por producciones artísticas, científicas y literarias, previa propuesta de la Junta de Disciplina. Las redenciones obtenidas por este motivo y por instrucción religiosa eran compatibles con otros tipos de redención.

trabajadores penados de ambos sexos, a no ser que fueran sexagenarios o se encontraran incapacitados para realizar cualquier actividad por enfermedad o impedimento físico o mental. Tampoco podían ser autorizados para trabajar los reclusos analfabetos, mientras que los reclusos preventivos podían incorporarse al trabajo solicitándolo a la Dirección del Establecimiento. Esta distinción entre “el derecho al trabajo de los penados españoles y el de su redención de pena por el mismo” quedaba sancionada, por lo demás, en las primeras líneas del Reglamento, siguiéndose aquí lo que ya había sido previsto la Orden de 14 de noviembre de 1939 que creaba el cargo de Inspector General de Talleres penitenciarios, por la cual se había dispuesto que todos los internos en establecimientos penitenciarios debían trabajar “para redimir su culpa”, al margen de que pudieran o no redimir también su pena.

Solapadas en aquella normativa opaca y confusa de los primeros años del franquismo (hasta 1944-1948), se desarrollaron dos modalidades básicas en la organización del ejercicio del derecho al trabajo reconocido a presos y prisioneros, según se indicaba al inicio: una, al margen de la jurisdicción ordinaria penal y dependiente de la estructura de los campos de concentración, bajo mando militar, que agrupó a los Batallones de Trabajadores⁶², los Batallones Disciplinarios de Soldados Trabajadores y los Batallones

⁶² Véase J. RODRIGO, J., *Los campos de concentración franquista, entre la historia y la memoria*, Siete Mares, Madrid, 2003; *Cautivos. Campos de concentración en la España franquista, 1936-1947*, Crítica, Barcelona, 2005. El sistema de trabajo de presos y prisioneros del Régimen franquista empezó a desarrollarse en el contexto de los campos de concentración, entre marzo- julio de 1937. Es el momento en que se crea la Inspección de Campos de Concentración de Prisioneros -ICCP-, por Orden de 5 de julio, según se ha indicado anteriormente. Los presos y prisioneros se clasificaron a partir de las siguientes categorías: *adictos* a las autoridades golpistas, que fueron liberados e incorporados al ejército franquista; *defensores de la República*, considerados especialmente peligrosos y por lo tanto excluidos del decreto 281; y los *desafectos o afectos dudosos*, que siguieron retenidos y fueron integrados en los llamados Batallones de Trabajadores (BBTT), dependientes de la ICCP. No obstante, algunos expedientes penitenciarios confirman que también hubo internos de centros penitenciarios que formaron parte de ellos. A los BBTT se alude de manera específica en la Orden de 25 de agosto de 1937 de la Secretaría de Guerra sobre haberes de prisioneros y evadidos del campo rojo, que unifica lo referente a este tema, y que luego amplía la Orden de 23 de noviembre de 1937, donde se especifica entre prisioneros o evadidos que se encuentren en los Campos de Concentración o formen parte de los BBTT. En opinión de L. MARTÍNEZ MACIAS y F. MORENO MOERNO, “El canal de presos: un estudio jurídico-penitenciario. Aproximación a una tipología penitenciaria de emergencia en situaciones postbélicas”, en *Los Campos de Concentración y el mundo penitenciario en España durante la guerra civil y el franquismo*, Crítica Barcelona, 2003, p. 31, esta circunstancia implicaba que existía una diferencia entre quienes estaban en un sitio o en otro, si bien en ambos casos se estaba ante estructuras militares.

Disciplinarios de Soldados Trabajadores (penados)⁶³; la otra, dependiente del sistema penitenciario, donde el trabajo podía desarrollarse intramuros (en los Talleres penitenciarios, las granjas o explotaciones agrícolas anexas a los establecimientos penitenciarios, y en forma individual o autónoma, según el artículo 11 del Reglamento de Trabajos Penitenciarios), o bien extramuros, en Destacamentos penales⁶⁴ o en Colonias Penitenciarias Militarizadas⁶⁵.

⁶³ Véase E. BEAUMONT ESANDI y F. MENDIOLA GONZALO, "Batallones Disciplinarios de Soldados Trabajadores: castigo político, trabajos forzados y cautividad", *Revista de Historia Actual*, vol. 2, núm. 2, 2004, pp. 31 y ss., donde sostienen la continuidad estructural y funcional entre los BBTT y estos otros batallones disciplinarios. Los Batallones de Trabajadores estuvieron funcionando desde 1937 hasta 1940, momento en que, acabada ya la guerra y la posible justificación de presos y prisioneros retenidos y obligados a trabajar bajo mando militar, se reorganizan en los llamados Batallones Disciplinarios de Soldados Trabajadores (BDST) y Batallones Disciplinarios de Soldados Trabajadores (penados). También en 1940 la Inspección de Campos de Concentración de Prisioneros fue disuelta y se creó la Jefatura de Campos de Concentración y Batallones Disciplinarios, dependiente del nuevo Ministerio del Ejército. De manera específica, los BDST surgen a partir de la Orden de 20 de diciembre de 1939 sobre Servicio Militar y Marina, del Ministerio del Ejército, por la cual los jóvenes que habían sido reclutados para realizar el servicio militar en los reemplazos de 1936 a 1941, ambos inclusive, que no hubieran estado durante ese tiempo en la zona liberada –es decir, que hubieran hecho el servicio militar con la República–, serían alistados de nuevo, "para normalizar el equitativo cumplimiento del servicio militar". Para acoger a quienes estaban en libertad condicional o habían sido condenados por la fiscalía de tasas, se creó en 1941 la modalidad de BDTS (penados), hasta su desaparición en 1948. Su creación parecía deducirse de una disposición transitoria de la Ley de Reclutamiento de 1940, y fue puesta en marcha por una Orden de 1941. Los BDTS y la estructura de los campos de concentración se disolvieron finalmente por la Orden de 28 de octubre de 1942. A partir de ese momento, se consideraba que los jóvenes pasaban a realizar su servicio militar en el ejército, lo que implicó para muchos un año más de servicio disciplinado y controlado al Nuevo Estado. Los BDTS (penados) quedaron fuera de la Orden de disolución. Su disolución final se fecha en 1948. Sobre el quehacer y vida cotidiana de estos batallones, véase también, de los mismos autores, *Esclavos del franquismo en el Pirineo. La carretera Igal-Vidángoz-Roncal (1939-1941)*, ed. Txalaparta, Nafarroa, 2007.

⁶⁴ Estos acogieron a los presos que realizaban el trabajo fuera de las instituciones penitenciarias. Existían con anterioridad al Reglamento de 1946 e incluso a la Orden de 7 de octubre de 1938: su artículo 11 se refería a ellos para señalar que el Patronato Central para la Redención de Penas por el Trabajo tendrá en cuenta que los reos de penas de reclusión perpetua sólo podrán trabajar dentro de los Establecimientos o destacamentos penales, lo que ha llevado a considerar que fue la base para crearlos (así lo consideraba, por ejemplo, SEOANE DÍAZ, M., "Los Destacamentos Penitenciarios y su consideración como Prisiones en Régimen abierto", *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciario*, año XV, num. 142, 1959, p. 1546). Sin embargo, se tiene noticia de un Destacamento constituido por presos calificados como procesados, creado en Burgos en 1937 para construir un monumento al General Mola en el sitio en que se produjo su accidente mortal, como se reconocía en *La obra de redención de penas*, op. cit., p. 34.

⁶⁵ Se crearon por la Ley de 8 de septiembre de 1939 para aprovechar, igualmente, el trabajo de los penados en obras de utilidad nacional. Este servicio dependerá también del

Por lo demás, y como consecuencia de las confusiones normativas e institucionales, se suscitaron dudas acerca de cómo la redención de penas por el trabajo afectaba a la pena, así como acerca de sus relaciones con el indulto y la libertad condicional, que la doctrina jurídica de la época trató de resolver⁶⁶. También hubo confusión sobre si la redención de penas por el trabajo era en sí misma un derecho, al margen del derecho al trabajo que se concedía a los presos, como parece que se deduce de la dicción de normas como el Reglamento de Trabajo Penitenciario⁶⁷, y dudas acerca del momento del

Patronato de Redención de Penas por el Trabajo. Su carácter militarizado respondía a la necesidad de vigilancia por operar fuera de los establecimientos penitenciarios. Aunque el Servicio de Colonias Penitenciarias Militarizadas se suprimió por Decreto de 8 de octubre de 1960, su existencia se prolongó hasta la terminación de las obras pendientes. Sobre este asunto, véase MARTÍNEZ MACIAS y MORENO MORENO, op. cit., p. 33. A estas colonias se alude específicamente en *La obra de redención de penas.*, cit., pp. 45 y ss.

⁶⁶ M. CUERVO RADIGALES, *Los fundamentos del nuevo sistema penitenciario español. Conferencia pronunciada en la apertura de la Escuela de Estudios Penitenciarios en la Universidad de Madrid el día 28 de octubre de 1940.*, pp. 20 y 21, había sostenido tempranamente que la redención de penas por el trabajo influía en la aplicación de una condena, la cual era determinada por la sentencia pero indeterminada en su cumplimiento, porque “no puede castigarse lo mismo la voluntad proterva que la arrepentida” (hasta el punto de que prevé que, lo mismo que la redención permite aminorar el castigo a los arrepentidos, exista una ley que prolongue la pena a los “reos persistentemente perversos”). Por su parte, L. SÁNCHEZ, “Redención”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, num. 35, 1948, p. 83, sugiere que sería más acertado hablar de *minoración* de penas en vez de *redención*. Bueno Arús afirmaba en su estudio (si bien ya en los años 70, lo que implica una larga duración de las inseguridades y confusiones), que la redención de penas implica extinción parcial de la responsabilidad penal, más concretamente, cumplimiento de condena, y no anulación de una parte de la condena, como también se había llegado a sostener, ya que “la pena subiste y se cumple íntegramente, mas con la reserva de que ese cumplimiento suma a los días de materialización efectiva de la condena aquellos otros de cumplimiento ficticio por obra de la valoración legal”. Véase F. BUENO ARÚS, “La redención de penas por el trabajo en el ordenamiento español” (extracto de su tesis doctoral), cit, pp. 7 y 8; y “Conclusiones sobre la redención de penas por el trabajo”, *Boletín 1123 del Ministerio de Justicia*, 1974, pp. 3 y ss., [disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite> (última visita 14/6/2015)]. De esa opinión eran también A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, Vol. I, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946; J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1949; o AYLAGAS ALONSO, *El Régimen penitenciario español*, Madrid, Talleres Penitenciarios, Madrid, 1951. BUENO, “Conclusiones sobre la redención de penas por el trabajo”, cit., p. 4, también señalaba que la normativa suscitó confusión acerca de si el tiempo redimido se abonaba para el cumplimiento de la condena o para la libertad condicional, lo que no se resolvería hasta la reforma del Reglamento de Prisiones en 1956, donde se optaría por la primera solución.

⁶⁷ Para el que también fuera Director General de Instituciones Penitenciarias, J. GONZÁLEZ DEL YERRO, “La obra actual de la redención de pena por el trabajo”, *Revista*

reconocimiento del derecho al trabajo a prisioneros y presos. Al respecto, se ha detectado que en los años iniciales se les "reconoció" cualquiera que fuera su situación jurídica: presentados, retenidos, detenidos, encartados, procesados, condenados o penados⁶⁸, circunstancia que evidencia cuán difusa fue la frontera entre la ilegalidad y la legalidad.

Desde luego, y con carácter general, la desordenada proliferación de normas penales y penitenciarias afectó a la seguridad jurídica, ya que se había alterado la jerarquía normativa propia de los Estados de Derecho, con la primacía de la ley parlamentaria y la división de poderes, por ser principios denostados por las autoridades franquistas y muchos juristas y académicos de la época. No extraña entonces que, con sus funciones en relación a la Redención de Penas por el Trabajo y en relación a la libertad condicional, se admitiera que el Patronato para la Redención de Penas –es decir, una instancia administrativa– ejercía funciones cuasi juzgadoras⁶⁹, lo que permitió una amplia arbitrariedad a las autoridades franquistas y grupos afines en

de la Escuela de Estudios Penitenciarios, num. 183, 1968, p. 854, no estamos ante una simple gracia, sino una institución de Derecho Público que no puede calificarse sin más como "derecho subjetivo" pues no produce una situación activa a favor de un condenado sino un "interés natural y legítimo a su obtención (...) derivado de lo que la doctrina califica de efecto reflejo de las normas legales y reglamentarias que establecen y perfilan la institución". La expresión "podrán" del artículo 100 del Código penal, relativo a la redención, sólo implica posibilidad o autorización, no imposición imperativa. Para E. DE LA MORENA VICENTE, (Director del Centro Penitenciario de Detención de Barcelona), "El trabajo y la redención de penas en España", *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, num. 192, 1971, p. 75, se trata de una facultad de la administración, que concede, "no por el impulso exigente de un derecho, sino a través de un profundo análisis de aplicación"; si bien el internado tiene "derecho a que se le estime la presencia, existencia y valoración de su conducta activa que determina todo el proceso positivo de su tratamiento" (p. 76). Para este autor, la redención de penas forma parte de un derecho a la rehabilitación y a la reinserción social (p. 76). Para BUENO ARÚS, "Conclusiones sobre la redención de penas sobre el trabajo", cit., p. 6, constituía un derecho subjetivo.

⁶⁸ Véase J. RODRIGO *Cautivos*, cit., p. 39; MARTÍNEZ MACÍAS y MORENO MORENO, "El canal de presos: estudio jurídico penitenciario. Aproximación a una tipología penitenciaria de emergencia en situaciones postbélicas", cit.

⁶⁹ M. CUERVO RADIGALES, *Los fundamentos del nuevo sistema penitenciario español*, cit., pp. 20 y 21. Sin embargo, y como vimos para BUENO ARÚS, "Conclusiones...", cit., a partir de 1944 y "superada la ocasión política que dio origen a la redención de penas por el trabajo", pasó a integrarse "de modo normal" en el sistema penitenciario, y la competencia administrativa en su aplicación "deja a salvo la competencia legislativa en su regulación y la competencia judicial en el control de las redenciones aplicadas efectuado con ocasión de la aprobación de las propuestas de liberación definitiva".

el ejercicio de su poder de represión y control sobre el resto de la población. Téngase presente, además, que muchos de los trabajadores, funcionarios y altos cargos de los establecimientos penitenciarios habían sido militares ex-combatientes y/o excautivos, así como individuos pertenecientes a órdenes religiosas.

3.2. La dimensión redentora del derecho al trabajo

Como se ha venido indicando, en el trabajo penitenciario y en la peculiar institución de la Redención de Penas se dieron los elementos que estaban presentes en la ideología que tuvo el régimen en torno al trabajo. Entre ellos estuvo la importancia que se le otorgó para la regeneración moral del hombre⁷⁰, ya que, siguiendo la doctrina católica del trabajo, se considera un deber y un derecho connatural a él⁷¹, a imagen y semejanza de Dios, que también “trabajó”, aunque se volviera doloroso tras el pecado. Este aspecto, además de que permite al hombre colaborar en la obra de la creación, también contribuye a limpiar “las impurezas del alma del trabajador”⁷² y a dignificar al ser

⁷⁰ Para L. SÁNCHEZ, “Redención”, (enero 1948), cit., p. 42: “Las prácticas penitenciarias españolas tienen un módulo de espiritualidad”.

⁷¹ Véanse las palabras de E. AUNÓS, recogidas en *La obra de la redención de penas*, cit., p. IX: “Conocidas Encíclicas papales y el Código Social de Malinas para invocar sólo los más luminosos textos de la Sociología católica, realzan el trabajo como deber y derecho de la naturaleza humana e insisten que, lejos de ser un artículo de comercio vinculado a las fluctuaciones, a veces caóticas, de la oferta y la demanda, es una función que dignifica al hombre en el activo tributo que dentro de la ley de solidaridad rinde a la obra de la producción”.

⁷² “No sin razón se ha dicho que el hombre cuando trabaja se aproxima más a Dios, ya que al transformar la materia prima en elementos útiles y beneficiosos para el progreso y bienestar de la humanidad colabora con el esfuerzo y sacrificio en la obra de la creación. Al primer hombre, en su caída se le impuso, como castigo, la obligación de trabajar, de ganar el pan con el sudor de su frente. Sin embargo, el trabajo pasó a ser, en cierto modo, una bendición, pues son muchos los bienes que hace en el mundo y muchas las impurezas que elimina del alma del trabajador”. Véase J. M. LÓPEZ RIOCEREZO, “El trabajo penal, medida de reeducación y corrección penitenciarias”, op. cit., p. 37. Esta dimensión metafísica del trabajo es subrayada sobre todo por la doctrina jurídica que viene del ámbito nacionalcatólico (López Riocerezo cita aquí -p. 39- al dominico Todolí, que realizó diversos estudios sobre la doctrina católica en relación al trabajo y otros derechos sociales). Véase también J. M. LÓPEZ RIOCEREZO, “Una aportación ejemplar: la redención de penas por el trabajo”, cit., pp. 33 y ss.; y las palabras de A. B. SANZ, recogidas en *La obra de la redención de penas. La doctrina. La práctica. La legislación. Memoria que eleva al Caudillo de España y a su Gobierno el Patronato General de Nuestra Señora de la merced para la redención de penas por el trabajo. 1 enero 1945*, cit., p. 6. En este punto, hubo quienes entendían que el trabajo perfecciona al ser humano, de manera que al cumplimiento del

humano⁷³, evitando constituir, como decía el Decreto 281 un "peso muerto sobre el erario público"⁷⁴. También estuvo presente la consideración del trabajo como elemento que colabora en la enseñanza y perfeccionamiento de un oficio, lo que permite la promoción social del recluso⁷⁵, aunque no pueda eliminarse de la pena su carácter aflictivo-expiativo (de ahí que incluso se considerara preferible la redención de penas por el trabajo que el indulto⁷⁶).

deber de trabajar no le empuja que consiga así liberarse antes de su condena sino la conciencia de que "la aspiración más acusada del ser humano ha de ser la realización exacta de su deber" (L. Sánchez, num. 35, p. 88); mientras que otros consideraban la importancia del interés de los reclusos por liberarse, que es egoísmo y ambición, y aunque no fuera la esencia de la redención, "despierta en ellos el estímulo a la laboriosidad, se consigue una conducta y un comportamiento dignos ante el temor de perder el derecho al trabajo (...), trocándolos en sumisos y obedientes, factores de capital importancia para convertirlos en ciudadanos prudentes y honrados". A. CABALLERO LÉON, (Director de los Talleres Penitenciarios de Alcalá de Henares), "Renovación penitenciaria", *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, num. 79, 1951, p. 43. No obstante, también se señaló, al margen de la dimensión metafísica del trabajo, su papel en la economía. Véase C. BELÁUSTEGUI MAS, *Fundamentos del trabajo penitenciario*, Talleres Penitenciarios de Alcalá de Henares, Madrid, 1952. Por lo demás, la misma redención de penas por el trabajo tiene "concomitancias" con la redención del género humano que llevó a cabo Jesucristo con su muerte en la cruz. Véase M. MORENO MOCHOLÍ, "Nuevo horizonte de la redención de penas por el trabajo", en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, num. 161, 1963, pp. 327 y 328. Ahí también apunta (p. 337) que, el funcionario de prisiones "legítimamente pueden sentirse a su modo y manera redentor".

⁷³ "No es el dinero el que dignifica y exalta la figura del hombre. Es el trabajo el título más glorioso que todo hombre puede y debe exhibir como justificante de su dignidad y de su honra más altas. El trabajo -el hombre mismo en actividad, ofrenda humilde de su misma vida al Padre, oración continuada en forma de sudor, de fatiga, de sacrificio- es el único que puede salvar y liberar al hombre del pecado y del resto de culpa que el pecado deja. Si esto es así, resulta verdad en el orden teológico la práctica de nuestro sistema penitenciario de la "Redención de Penas por el Trabajo". He ahí al recluso con su trabajo, con lo más noble que su vida tiene en acción, redimiendo su pena, adelantando la fecha de salida del recinto que le sujeta". Véase F. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, "Sentido teológico de la "Redención de Penas por el Trabajo", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, num. 26, mayo 1947, p. 30.

⁷⁴ PÉREZ DEL PULGAR, *La solución que España da al problema de sus presos políticos*, cit., pp. 42 y ss., consideraba que con el trabajo de los reclusos, el trabajador libre evitaba tener que mantenerlo a él y a sus familias.

⁷⁵ Véase E. DE LA MORENA, "El trabajo y la redención de penas en España", cit., p. 78; y *La obra de redención de penas. La doctrina...* cit., pp. 6 y 35 (en esta última página resalta cómo muchas empresas quedan tan encantadas del trabajo de los reclusos que los contratan cuando son liberados).

⁷⁶ Véase E. DÍEZ ECHARRI, "El sistema de la Redención de Penas por el trabajo. Sus fundamentos, su aplicación y sus consecuencias", *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Año IV, marzo 1948, num. 36, p. 44: "el Estado no podía salir del paso aplicando la Ley a rajatabla o con el cómodo expediente de una amnistía o indulto. Lo primero equivalía a dejar fue-

Tampoco puede eliminarse la necesidad de arrepentimiento y buena conducta que así lo evidencie⁷⁷.

ra de la vida nacional a una gran masa de ciudadanos, que no tenían, cualesquiera que fueran sus responsabilidades, por qué estar ausentes en la ardua tarea de la reconstrucción material y espiritual de España; lo segundo, era tanto como dejar sin efecto la finalidad primordial de toda administración de justicia, es decir, la expiación del delito”.

⁷⁷ Hasta la reforma del Código Penal de 1963 no se eliminaron las exclusiones previstas y en vez de exigirse que los internos tuvieran buena conducta, se exigía sólo que no tuvieran mala conducta, lo que equivalía, según el Reglamento de los servicios de Prisiones, a no haber cometido nueva falta grave o muy grave sin haber obtenido la invalidación de las anteriores”. Así lo recuerda BUENO ARÚS, “La redención de penas por el trabajo en el ordenamiento jurídico español”, cit., p. 11. No obstante, algunos funcionarios de la época no consideraron adecuados estos cambios: “Vamos a extender el tratamiento, con ese beneficio, a “expertos” que ya conocen cómo deben proceder, con el mínimo esfuerzo, a que su cartilla se vaya acrecentando, a que en ella se vayan anotando días redimidos”. Véase I. GARCÍA MARTÍN, “Sobre la redención de penas”, *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, num. 164, 1964, p. 113. En cambio, favorable a extender la aplicación de la redención de penas por el trabajo a los reincidentes se mostró, antes de la reforma de 1963, E. DE LA MORENA VICENTE, “Problemas de la redención de las penas por el trabajo”, *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Año X, num. 110, 1954 p. 34, para quien “negar la redención de penas a quien la disfrutó, es (...) romper con la naturaleza del Derecho penitenciario que busca al hombre en su estado de abstracción”).

Por otra parte, y en relación a la conducta, para el mencionado GARCÍA MARTÍN, cit., p. 110: “no debe tener el mismo merecimiento (...) el interno que observa una conducta ejemplar y en el que es posible aperebir una decidida tendencia al arrepentimiento, que el recuso protervo –si el caso existe–, que con una conducta “no mala” va acumulando días de redención sin que la sombra de la reforma se haya proyectado sobre él”. En esta situación (op. cit., p. 109), “se pierde el valor de uno de los rescates, de la pena o de la culpa, habremos conseguido desde luego un liberado con la condena acortada, pero no, de ninguna manera, un hombre apto para la vida de la sociedad, un regenerado”. Para el director de los Talleres Penitenciarios de Alcalá de Henares, Ángel Caballero León, el trabajo por sí solo no redime, sino que es preciso que el recluso “demuestre en todo momento una obediencia, una sumisión a los preceptos del reglamento y las órdenes de sus superiores. Si carece de estas condiciones podremos decir que trabaja, pero nunca que redime, porque la redención no ha de afectar solamente a la pena, sino que debe referirse principalmente al sujeto (...) Se precisa como indispensable el arrepentimiento verdadero...” (Véase A. CABALLERO LEÓN, “Renovación penitenciaria”, cit., pp. 44 y 45). Sin embargo para DE LA MORENA, “Problemas de la redención de las penas por el trabajo”, cit., p. 38, “el trabajo y su remuneración, los beneficios que de él se obtienen, entran en el ámbito de esos derechos naturales que en la vida ordinaria tienden a hacerse inembargables, intangibles a la buena o mala conducta, al cumplimiento o no de las obligaciones. Esto no quiere decir que la mala conducta, dentro de la aplicación penitenciaria, deba ser normal y consentida. Esto sólo quiere decir que esta mala conducta debe ser tratada por otros procedimientos anejos al sistema disciplinario del instituto penitenciario, y que cuando por su gravedad sea preciso modificar –nunca negar– algún derecho debe hacerse con este criterio”.

La redención de penas impregnará, pues, el trabajo penitenciario, como institución "teológica y jurídica"⁷⁸, con independencia de que los internos pudieran o no disfrutar de ella, a pesar de las transformaciones que el régimen fue experimentando a lo largo de los años, en su afán por mostrar una cara más amable que permitiera su continuidad⁷⁹. Pero habrá que esperar a los años sesenta para que se desplace un poco la ideología redentorista y evangelizadora de los años anteriores. Es la época en que las innovaciones científicas se fueron recogiendo en diversas modificaciones del Reglamento de Prisiones. Entre ellas destacan las que supusieron el Decreto 2705/1964, de 27 de julio por el que se regula el régimen y funcionamiento de trabajos penitenciarios y con el que se introduce por primera vez la "reinserción" como objetivo del trabajo penitenciario, lo que permitiría un cierto alejamiento de la dimensión redentora. Por su parte, el Decreto 162/1968 de 25 de enero, introdujo el tratamiento científico y criminológico, creándose Equipos de Observación y Tratamiento, y flexibilizó el sistema progresivo, tomando como criterio, no el trabajo desempeñado sino la evolución de la personali-

⁷⁸ Así se expresaba el primer resumen de la labor del Patronato de Redención de Penas por el Trabajo, *La justicia de Franco. Obra del patronato de redención de penas por el trabajo*, Editora Reconstrucción, Méjico, 1940, p. 6. Disponible en <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/Dosier/La%20redenci%F3n%20de%20penas%20por%20trabajo> (última visita 1/6/2014)

⁷⁹ C. LORENZO RUBIO, "Evolución del sistema penitenciario franquista: del redentorismo al cientificismo correccionalista", en BARRIO ALONSO et ALII (eds.). *Nuevos horizontes del pasado: culturas políticas, identidades y formas de representación*, PUBliCAN, 2011. Véase también D. RODRÍGUEZ TEIJEIRO, "Configuración y evolución del sistema penitenciario franquista (1936-1945)", *HISPANIA NOVA. Revista de Historia Contemporánea*, num. 7, 2007, quien sostiene que el sistema estuvo en la indefinición más absoluta entre 1936-39 y 1948, cuando se aprueba el reglamento de prisiones que sustituye el de 1930, en vigor desde 1936. Para BUENO ARÚS, "Conclusiones sobre le redención de penas por el trabajo", cit., la primera fase iría hasta 1944, cuando se aprueba la reforma del Código penal, que incluye en el artículo 100 la institución de la redención de penas para el trabajo. La segunda fase iría de 1944 hasta su reforma en 1963. Como características de su primera fase, Bueno destaca la confusión, multiplicidad y contradicciones normativas, cuya regulación y aplicación son competencia de la administración pública, concretamente, de un organismo ad hoc dentro del Ministerio de Justicia: el Patronato de Redención de Penas por el Trabajo. L. GARRIDO GUZMÁN, *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Edharsa, Madrid, 1983, p. 364, entiende que la redención de penas por el trabajo pasó por 4 fases durante el Régimen, según su finalidad, la cual iba respondiendo también a su necesidad de presentarse como un Régimen menos autoritario: la primera, para resolver problemas de hacinamiento de presos; la segunda, para reducir las severas penas a las que conducía la aplicación del Código penal de 1944; la tercera, para evitar la superpoblación carcelaria, asimilándose a Europa; y la cuarta, para evitar los conflictos en las prisiones.

dad del interno⁸⁰. Más tarde, el Decreto 2273/1977, de 29 de julio por el que se modificaba nuevamente el Reglamento de Instituciones Penitenciarias, trataría de crear un estatuto jurídico del recluso, recogiendo sus derechos y deberes según lo dispuesto en las reglas Mínimas de la ONU (1955), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en las Reglas Mínimas de la Comunidad Europea. Pero esto sucederá una vez desaparecido Franco, nada más y nada menos que 40 años después de que se les “concediera” por primera vez a los presos del Régimen franquista el “derecho al trabajo”.

Con esas modificaciones normativas se irá asentando la filosofía *reinsertadora* frente a la *redentora*, mientras que los reos pasan de ser *presos* a *internos*, y la *Dirección General de Prisiones* se convierte en *Dirección General de Instituciones Penitenciarias*. No obstante, estas reformas contaron con pocos medios para su implantación y no pudieron asentar la nueva filosofía de reinserción, de manera que la dimensión religiosa de la *redención* permaneció, sobre todo debido a la presencia, en todo el entramado de control y asesoramiento sobre presos, de individuos que pertenecían a órdenes religiosas⁸¹.

La intensidad y pervivencia de la dimensión redentora-afflictiva determinó que el trabajo de los “trabajadores reclusos” permaneciera al margen del Derecho del Trabajo, a pesar de que existieron remisiones expresas al Fuero del Trabajo⁸². También la Orden de 30 de diciembre de 1940 había establecido que se aplicaran a prisioneros y presos los mismos beneficios que la legislación vigente establecía para los trabajadores libres, y la Orden de 14 de noviembre de 1939 había anunciado que la obligación del trabajo penitenciario transformaría la naturaleza de las prisiones en “talleres de producción y escuelas de trabajo”. Sin embargo, el régimen jurídico del trabajo penitenciario y la Redención de Penas quedaron finalmente insertados en la legislación penitenciaria. A medio camino entre el Derecho penal y el Derecho

⁸⁰ Sobre estos cambios, véase P. FERNÁNDEZ ARTIACH, *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, cit., pp. 68 y 69.

⁸¹ Hasta la promulgación de la Ley 39/1970 de 22 de diciembre sobre reestructuración de los Cuerpos penitenciarios, tampoco se garantizará la adecuada preparación técnica del funcionariado de estos centros, por lo que fue constante la presencia de excombatientes y religiosos. Sobre estas cuestiones, véase C. LORENZO RUBIO, “Evolución del sistema penitenciario franquista: del redentorismo al cientificismo correccionalista”, cit.

⁸² Véase J. M. LÓPEZ RIOCEREZO, “Una aportación ejemplar: la redención de penas por el trabajo”, cit., pp. 33 y 34, quien considera el Fuero del Trabajo un “calco de las Encíclicas papales”, de lo que España sería una vez más, pionera.

administrativo⁸³, aquella legislación también mostró la fuerte presencia de la jurisdicción militar en la represión franquista.

Si bien las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de la ONU y el Consejo de Europa (citadas de manera creciente por la doctrina jurídica de la época como soporte de esas instituciones), defendían que la organización y métodos del trabajo penitenciario se asemejaran a los del trabajo libre en cuanto a retribución, jornada laboral, horarios o previsión social, habrá que esperar a normas como el Decreto 2705/1964 de 27 de julio sobre Régimen y funcionamiento de Trabajos Penitenciarios para que se allane el camino a un tratamiento iuslaboralista del trabajo penitenciario. A ello también contribuirá la opinión favorable de la doctrina jurídica, a pesar de las dificultades para considerar la relación entre el recluso y la administración como una relación laboral⁸⁴, o a pesar de las diferencias entre el deber de trabajar de los

⁸³ Según A. TÉLLEZ AGUILERA, "Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto de derecho penitenciario", *Revista de Estudios Penitenciarios*, num. 255, 2011, pp. 9 y ss., el surgimiento y afianzamiento del Derecho penitenciario como disciplina autónoma se desarrolla en la Italia fascista, de la mano de Novelli, y aunque sus trabajos eran conocidos en España, no influyen tanto, ya que en España los procesalistas siguieron considerando la ejecución penitenciaria parte del Derecho administrativo mientras que los penalistas sólo dedicaban en sus manuales una referencia histórica a los sistemas penitenciarios y sus características. Esto contrasta con la influencia que la Italia fascista tuvo en el ámbito laboral, al menos entre los nacionalsindicalistas. En este punto, se ha considerado que la dimensión redentora que tuvieron las instituciones penitenciarias de la España franquista pudo dificultar el desarrollo de un Derecho penitenciario como rama autónoma del ordenamiento y del conocimiento del Derecho, que se sustentara en nuevas metodologías científicas.

⁸⁴ Véase P. FERNÁNDEZ ARTIACH, *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, cit., pp. 129 y 130. Favorable a esa equiparación se mostró F. BUENO ARÚS, "Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario", *Estudios Penales y Criminológicos*, col. II, 1978, pp. 258-259. Con anterioridad, M. ROMERO Y SÁNCHEZ DE QUINTANAR, "Repercusiones del derecho del trabajo en las instituciones penitenciarias", *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, num. 178-179, 1967, p. 356, había considerado que la regulación de la Redención de Penas por el Trabajo "implica la existencia de una verdadera y propia reglamentación de trabajo, entintada y matizada por su aplicación en la esfera penal". Aunque no exista la libertad de consentimiento, por lo que no puede hablarse de la existencia de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Contrato de trabajo, tampoco se da la libertad completamente en ningún contrato de trabajo, dado el intervencionismo estatal. Incluso la teoría de la relación de trabajo podía abarcar este tipo de trabajo, como podría desprenderse de las palabras de E. BORRAJO DACRUZ, "La teoría de la relación de trabajo en el Fuero del Trabajo", *Revista de Trabajo*, num. 2, marzo-abril, 1962, p. 200, donde sostenía que el contrato de trabajo era una de las fuentes posibles de la *relación de trabajo*, pero no la única, ya que estaba también la ley, los actos unilaterales de adhesión a la empresa y los contratos forzados. En cambio, la libertad es un elemento fundamental para L. E. DE

reclusos (de carácter legal y con dimensión de tratamiento reeducador) y el de los trabajadores libres (de carácter moral)⁸⁵. Habría que esperar, no obstante, a 1976 para la incorporación expresa al ámbito del Derecho del Trabajo de la actividad laboral de los presos, cuando la Ley 16/1976, de 8 de abril de Relaciones Laborales, en su artículo 3, pasó a considerar las actividades de los internos en centros penitenciarios un tipo de relación laboral especial⁸⁶. A partir de la Constitución de 1978, el tratamiento diferente otorgado al derecho al trabajo penitenciario supondrá, a tenor de lo dispuesto en su artículo 53, no una desventaja sino incluso una mayor garantía de eficacia que la prevista para el derecho al trabajo en general, como consecuencia de la diferente ubicación en el texto constitucional de los artículos que se refieren a ambos (respectivamente, artículo 25, en el capítulo II, y artículo 35, en el capítulo III, ambos dentro del Título I), y así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁸⁷.

LA VILLA, "La inclusión de los penados en el Derecho del Trabajo", *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, 1967, num. 178-179 (también en *Revista de Política Social*, julio-septiembre 1966), a la hora de considerar si la prestación de un trabajo queda o no bajo la esfera del Derecho del Trabajo: "[E]l trabajo de los penados, tal y como se regula en el Derecho español, no es sustantivamente apto para ingresar de suyo en el Derecho laboral, por faltarle uno de los presupuestos sustantivos, a saber, el presupuesto de la libertad" (cit., p. 388). Aparte de esa diferencia sustancial, de la Villa recuerda que la Exposición de Motivos del Decreto de 27 de julio de 1964, dispone que la actividad laboral del recluso no se regula por las normas del Derecho laboral sino del Derecho penitenciario (cit., p. 389). Ahora bien, en su opinión, el trabajo penitenciario debería ser objeto de un estatuto jurídico propio "cuasi-laboral", y de cara al futuro, "llegar a la implantación del laboral". (cit., pp. 390 y 391).

⁸⁵ Así lo indica DE LA MORENA VICENTE, "El trabajo y la redención de penas en España", *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, num. 192, 1971, p. 67. También L. E. DE LA VILLA, "La inclusión de los penados en el Derecho del Trabajo", cit., p. 387, apunta el carácter legal del deber de trabajar de los penados, que no pueden elegir entre trabajar o no, a diferencia del carácter socio-político y de alcance programático del deber de trabajar reconocido a toda la población.

⁸⁶ Sobre esta evolución, véase P. FERNÁNDEZ ARTIACH, *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, cit., p. 69 y 70.

⁸⁷ Es el caso de la STC 172/1989, de 19 de octubre y de la SSTC 17/1993, de 18 de enero, que alude a la anterior, y que siguen la jurisprudencia establecida a su vez en las SSTC 82/1986 y 2/1987 y SSTC 25/1981 y 163/1986. En esta jurisprudencia, y según el fundamento jurídico segundo de la STC 17/1993, se reconoce que "[e]n el derecho al trabajo del interno predomina así su carácter de derecho a prestación en cuanto que para hacerlo efectivo exige la organización de un sistema de prestación, habiendo de distinguirse en él, como ha dicho la STC 172/1989, dos aspectos: la obligación de crear la organización prestacional en la medida necesaria para proporcionar a todos los internos un puesto de trabajo y el derecho de éstos a una actividad laboral retribuida o puesto de trabajo dentro de las posibilidades de la organi-

4. BALANCE Y CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo se ha tratado de mostrar cómo existe un elemento peculiar, en el que la propia legislación y doctrina jurídica durante el Régimen no dejan de incidir, que tiene que ver con una concepción específica del trabajo como elemento de adoctrinamiento y control dirigido a toda la población, incluida la reclusa. Aunque la redención de penas por el trabajo nace en plena guerra civil y se consolida con los años, no debe olvidarse que su origen se halla en un *derecho a trabajar* que reconoce el juez como condena.

De manera específica, el ejercicio del *derecho al trabajo* por prisioneros y presos se mostró como un mecanismo esencial en la disciplina y control de los considerados desafectos al Régimen. Además, también se garantizó la sumisión de sus familias al entregar el control del pago de los montantes que les correspondían a Juntas formadas por fieles al Régimen, que ejercieron con mucho celo su función. Esta circunstancia les daba un amplio poder sobre aquellas personas, que padecían también el estigma de ser familiares de presos, beneficiarios de la caridad pública o privada, ante las exiguas prestaciones que recibían del sistema de redención, y viviendo en pésimas condiciones⁸⁸.

Pero, además, el derecho al trabajo de prisioneros y presos se saldó con amplios beneficios económicos para el Régimen franquista, ya que garantizó un contingente de mano de obra muy barata que se destinó a la realización de obras públicas. De hecho, la memoria de Redención de Penas de 1945 re-

zación penitenciaria existente (fundamento jurídico 2.º). En el primero deber verse antes que nada una obligación de la Administración Penitenciaria de cumplir la obligación prestacional en la medida necesaria para proporcionar a todos los internos un puesto de trabajo, y aunque también pueda reconocerse una titularidad subjetiva del interno es ésta desde luego de eficacia limitada a las posibilidades materiales y presupuestarias del propio establecimiento, y por ello para el interno es un derecho de aplicación progresiva, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata (SSTC 82/1986 y 2/1987).

⁸⁸ Véase A. DEL RÍO SÁNCHEZ, "Más allá de las alambradas": las familias de los presos políticos del Canal del Bajo Guadalquivir", en J. M. GASTÓN AGUAS y F. MENDIOLA GONZALO, *Los trabajos forzados en la dictadura franquista*, cit, pp. 132 y ss. Véase también M. NÚÑEZ DÍAZ-BALART, "La infancia "redimida": el último eslabón del sistema penitenciario franquista", *Historia y Comunicación Social*, num. 6, 2001, pp. 137-148. Y más recientemente, G. GÓMEZ BRAVO, "La redención de los vencidos y los extraviados: los presos y sus familias.", en J. LOUZAO VILLAR y F. MONTERO GARCÍA (coords.), *La restauración social católica en el primer franquismo, 1939-1953*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 2015, pp. 235-250.

conocía que en la “grande obra” de reconstrucción del país, “los reclusos han tomado no pequeña parte”, mientras que se lamentaba de que el trabajo en los Talleres Penitenciarios se estaba dificultado a causa “de los Decretos debidos a la magnanimidad de nuestro Caudillo, concediendo la libertad condicional a los penados trabajadores (...)”⁸⁹. Aquellos trabajos se prestaron a un módico precio del que también se beneficiaron muchas empresas, lo que no podía dejar de suponer una competencia desleal para los trabajadores libres⁹⁰. Y como lo que sobraba del jornal pagado a los reclusos, según el límite establecido en la normativa, iba a parar a la Hacienda Pública, esta se vio muy beneficiada, ya que lo habitual era que el jornal medio no superara las 14 pesetas⁹¹.

Convertido en instrumento de disciplina y corrección, el derecho al trabajo se erigió en mecanismo idóneo para reconstruir el país, al mismo tiempo que garantizó beneficios económicos a las autoridades franquistas y el control y adoctrinamiento de la población en los principios del Régimen: “Yo no aspiro solamente a vencer, sino a convencer”, había dicho en 1939 Francisco Franco en una entrevista a Manuel Aznar. Aquella aspiración de Franco y de quienes apoyaron su Régimen fue lo suficientemente fuerte como para utilizar mecanismos que, como los derechos humanos, se habían diseñado para

⁸⁹ Véase *La obra de redención de penas*, cit., p. 35 y p. 28, respectivamente.

⁹⁰ Sobre las obras realizadas para instituciones públicas y empresas privadas, véase entre otros R. TORRES MULAS, *Los esclavos de Franco*, Anaya, 2000; y del mismo autor y con el mismo título, *Los esclavos de Franco*, Oberon, 2006; I. LAFUENTE, *Esclavos por la patria. La explotación de los presos bajo el franquismo*, Temas de Hoy, 2003; E. BEAUMONT ESANDI y F. MENDIOLA GONZALO, *Esclavos del franquismo en el Pirineo, La carretera Igal-Vidángoz-Roncal (1939-1941)*, cit.; P. OLIVER, “Historia y reinención del utilitarismo punitivo”, en J. M. GASTÓN AGUAS y F. MENDIOLA GONZALO, F. (coords.), *Los trabajos forzados en la dictadura franquista*, cit., pp. 25 y 26; F. MENDIOLA GONZALO, “El trabajo forzado en infraestructuras ferroviarias bajo el franquismo (1938-1957): una estimación cuantitativa”, *Revista de historia. TST. Transportes, Servicios y Telecomunicaciones*, num. 25, 2013, pp. 40-62; J. L. GUTIÉRREZ MOLINA, “Soñaron con la libertad y los convirtieron en esclavos: Franquismo, latifundistas y obras hidráulicas en Andalucía: El canal de los Presos”, *Cuadernos para el Diálogo*, num. 14, 2006, pp. 16-23; J. PÉREZ CONDE, “La construcción de la presa y el canal bajo del Alberche, 1939-1950: la utilización de los prisioneros republicanos como mano de obra forzada en su construcción”, en *Espacio, tiempo y Forma, Serie V, Historia Contemporánea*, t. 25, 2013 pp. 341-372.

⁹¹ Sobre estas cuestiones, véase J. OLAIZOLA ELORDI, “Trabajo forzado y ferrocarril. Destacamentos Penales y construcción de infraestructuras ferroviarias”, en J. M. GASTÓN AGUAS y MENDIOLA F. GONZALO, *Los trabajos forzados en la dictadura franquista*, cit., pp. 116 y ss.

permitir a los individuos emanciparse de la sujeción. Pervirtiéndolo hasta convertirlo en uno más de sus instrumentos de disciplina, las autoridades franquistas se valieron especialmente del derecho al trabajo para reprimir a la población mientras se presentaban ante el mundo como pioneros en la reeducación de presos y adalides de la justicia social y el orden moral del universo.

Recordar estos aspectos de nuestro pasado reciente puede servir para valorar nuestro presente y nuestro futuro como Estado democrático, libre del autoritarismo tradicionalista, religioso y aflictivo que caracterizara al Régimen franquista, sin que por ello renunciara al sistema capitalista, y que tan bien ilustraron su ideología sobre el derecho al trabajo y la institución de la Redención de Penas. En este sentido, deberíamos preguntarnos si no contienen demasiados elementos de ese autoritarismo la reforma del Código penal de 2015, la aparición de leyes como la de Seguridad Ciudadana (aprobada el mismo día que la reforma del Código) o la reciente reforma laboral, todas ellas limitando de manera notable el ejercicio de derechos básicos en nombre de las ideas de orden y sacrificio.

JOSEFA DOLORES RUIZ RESA
Departamento de Filosofía del Derecho.
Facultad de Derecho
Plaza de la Universidad S/N
18071 – Granada (España)
Correo electrónico: jruizr@ugr.es

RECENSIONES

José Luis REY PÉREZ (dir.),
Sostenibilidad del Estado de Bienestar en España,
Dykinson, Madrid, 2015, 315 pp.

PABLO SCOTTO BENITO
Universitat de Barcelona

Palabras clave: Estado de bienestar, derechos sociales, universalismo, empleo, reforma fiscal
Keywords: welfare state, social rights, universalism, employment, tax reform

El presente libro colectivo se compone de una serie de siete artículos, a través de los cuales un grupo de profesores y profesoras de la Universidad Pontificia Comillas analizan en profundidad nuestro modelo de Estado de bienestar. Está dirigido por el profesor José Luis Rey Pérez y es el resultado de un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. La obra aborda, con rigor y claridad expositiva, uno de los problemas económico-políticos más importantes a los que tiene que enfrentarse nuestra sociedad en la actualidad.

Los tres primeros capítulos, que conforman una cierta unidad, se mueven en el terreno de la filosofía jurídico-política; en ellos, partiendo del estudio de las recientes reformas que el Estado social ha sufrido en los últimos años, se propone avanzar hacia una mayor universalidad e incondicionalidad de las prestaciones. El cuarto capítulo tiene un enfoque económico y pretende mostrar la íntima relación existente entre los problemas del mercado laboral en España y el aumento de las tasas de pobreza relativa. El quinto capítulo analiza, desde una perspectiva jurídica, los sistemas de garantía de ingresos de la Seguridad Social y las Comunidades Autónomas, con especial atención a las prestaciones no contributivas o asistenciales. El sexto capítulo, que se enmarca en el ámbito del derecho tributario, analiza desde una óptica constitucionalista las reformas fiscales efectuadas a lo largo de los últimos años de crisis económica. El último capítulo, que entronca con la perspectiva

conceptual o filosófica del comienzo del libro, recuerda los asuntos principales tratados en las páginas precedentes y hace también algunas propuestas de reforma, sirviendo así a modo de conclusión. Como puede apreciarse, la obra toca, a pesar de la unicidad que le confiere la temática general tratada (el Estado de bienestar), una gran diversidad de problemáticas, desde enfoques teóricos también diferentes. Es por ello que he decidido comentar en esta reseña cada capítulo por separado.

El primero, titulado “¿Un nuevo modelo de bienestar? Los cambios en la filosofía del bienestar”, corre a cargo de José Luis Rey Pérez. En las páginas iniciales se asume una importante distinción entre los derechos, que son pretensiones morales justificadas incorporables a un texto jurídico positivo—con vocación de permanencia y estabilidad—, y sus garantías, que son el conjunto de instituciones que tratan de hacer efectivo el contenido de dichos derechos—y que, en consecuencia, son mucho más variables, porque deben adaptarse a las cambiantes circunstancias sociales y también porque forman parte de la discusión política entre las diversas ideologías—. Según Rey, el Estado de bienestar no es más que un sistema de garantías o una forma de concretizar el ideal del Estado social, que sería aquel Estado que incluye entre sus principios rectores el reconocimiento de los derechos sociales. De acuerdo con el autor, el principal problema que este Estado social tiene en la actualidad en España no es la legitimidad jurídica de los derechos sociales, bastante consolidada, sino más bien el hecho de que las garantías de los mismos sean cada vez más escasas. Es necesario pensar, pues, la manera en que el ideal de los derechos sociales puede seguir llevándose a la práctica en unas economías cada vez más liberales. Los diferentes esfuerzos teóricos desarrollados a lo largo del libro han de entenderse justamente en esta línea de reflexión.

La tesis central de este primer capítulo consiste en señalar que el mencionado adelgazamiento de las garantías, acentuado con la crisis de 2008, no puede concebirse ya como una manera diferente de asegurar los derechos sociales, ni como un recorte transitorio en tiempos de escasez presupuestaria, sino que responde a un proceso sistemático de demolición del Estado social. Los derechos en general, y los sociales también, marcan qué garantías son posibles y cuáles no lo son, esto es, excluyen algunas. Las garantías actuales no parecen pensadas para consolidar los derechos, que es el que debería ser su cometido. No es que se cuestione la sostenibilidad económica del actual modelo de bienestar pero se siga defendiendo la bondad del ideal del Estado social, sino que parece quererse la derrota de este último.

El autor muestra en qué sentido se ha producido un cambio en la filosofía del Estado social, del cual son expresión las reformas políticas y económicas de los últimos años. La idea central que ha guiado esta transformación es lo que Rey califica en algún momento de “fundamentalismo mercantil”, consistente en extender sistemáticamente el ámbito de actuación del mercado y reducir el del Estado, al considerar al primero un mecanismo más eficiente de asignación de recursos. Acompañan a este objetivo principal otros dos, que sirven para concretarlo: la reducción de impuestos (adelgazamiento del Estado por el lado del ingreso) y el equilibrio presupuestario (por el lado del gasto).

Rey es contundente: esta nueva filosofía asume como única meta el logro de una mayor eficiencia, a costa del olvido de la lógica de los derechos. Frente a esto, si lo que se pretende es defender el Estado social, es necesario reafirmar el discurso de los derechos. Las prestaciones sociales no deben ser interpretadas como concesiones que hacen los Estados, sino como una forma de hacer efectivo el contenido de los derechos fundamentales. Este argumento “deontológico” se combina, además, con uno de tipo “consecuencialista”: no es tan evidente que acudir al mercado, externalizando determinados servicios por ejemplo, suponga siempre un ahorro para el Estado.

Las reformas que se están llevando a cabo en todos los países europeos han ido haciendo cada vez más selectivos y condicionales sus sistemas de protección social. La selectividad o focalización consiste en el diseño de políticas e instituciones centradas en un colectivo que tiene problemas con el propósito de resolverlos. La condicionalidad, por su parte, se refiere a la existencia de una serie de controles con el fin de comprobar que efectivamente los beneficiarios necesitan la ayuda, así como de una serie de actividades que estos deben realizar a cambio de percibirla. Normalmente los programas selectivos van acompañados de una serie de condiciones difíciles de cumplir, mientras que en los programas universales (dirigidos a toda la población) la condicionalidad es mucho más suave. “Se habla así del paso del *welfare* al *workfare* porque todos estos esquemas de condicionalidad vienen a acentuar la necesidad de que el beneficiario de los programas se oriente al mercado laboral o incluso acepte cualquier oferta que reciba de éste, sea cual sea su naturaleza” (p. 22).

Los principales problemas de estas políticas selectivas y condicionales son los siguientes: a) son financiadas por unas clases medias que no se benefician de las mismas; b) pueden generar la “trampa de la pobreza”: al ser las

ayudas incompatibles con el desarrollo de una actividad remunerada, determinados colectivos pueden verse compelidos a rechazar eventuales ofertas de trabajo, para no perder la seguridad y estabilidad en los ingresos que ofrece la prestación pública, por escasa que esta sea; c) los controles de acceso muchas veces son tan duros que afectan a la autoestima y dignidad de los beneficiarios, que pueden llegar a renunciar a solicitar la ayuda pese a cumplir con los requisitos; d) estas políticas presuponen una visión empleocéntrica del Estado de bienestar que no se adapta a la creciente escasez y precariedad del trabajo en la economía actual.

Rey extrae de esto dos conclusiones fundamentales. Por un lado, las políticas públicas focalizadas no tienen como objetivo lograr la reducción de la desigualdad y favorecer así la cohesión social, sino que más bien aspiran a crear una última red de apoyo que cubra lo estrictamente necesario, pero sin capacidad para transformar la distribución de la renta. Estas políticas, dice el autor, más que suponer una respuesta al problema de la exclusión social realmente lo que pretenden es tenerla bajo control. Se produce así un paso del enfoque de derechos a la beneficencia. Por otra parte, la tendencia a la condicionalidad pretende extender la idea de que el bienestar no es algo que el Estado deba dar a cambio de nada. Es un paso de la lógica de los derechos a la del seguro. Ambas transformaciones se encuentran íntimamente relacionadas y se retroalimentan: el debilitamiento de los sistemas de bienestar para evitar su capacidad redistributiva (a través de la focalización) provoca que quienes los financian (las clases medias) no se beneficien de ellos y se vuelvan en contra; esto crea el caldo de cultivo apropiado para que aparezca la retórica de la condicionalidad, que aboga por la necesidad de contribuir trabajando; el endurecimiento de las condiciones, sin embargo, genera procesos cuyo resultado es la no integración social de los beneficiarios de las ayudas; esta falta de capacidad transformadora, finalmente, aparece como un argumento a favor de la inutilidad de toda política pública y de la consecuente necesidad de debilitar y focalizar los programas.

La alternativa que se propone es la de fomentar políticas de gasto universalistas, las cuales, si se combinan con un sistema selectivo (esto es, realmente progresivo) en el lado del ingreso, pueden tener un efecto redistributivo mucho mayor que el de las políticas de gasto selectivas y condicionales, suponiendo además un importante ahorro en costes de administración. Esta perspectiva aboga por no fijarse solo en los mecanismos de distribución de bienestar, sino también en la forma que tienen de obtener los recursos que

se distribuyen: el tan ansiado equilibrio presupuestario, que generalmente es sinónimo de recortes, puede alcanzarse igualmente por la vía del fortalecimiento del sistema fiscal, a través de la lucha contra el fraude o el establecimiento de un gravamen a los movimientos especulativos de capitales. Por otra parte, los programas universales tienen mayor aceptación entre la ciudadanía, ya que todos tienen la sensación de recibir algo a cambio de los impuestos que pagan, cosa que no sucede si los programas están centrados en colectivos muy concretos. Este avance hacia el universalismo provocaría también un relajamiento de la condicionalidad, lo cual no supone obviar los deberes que conlleva siempre todo derecho, pero sí afirmar rotundamente que el reconocimiento de los derechos «no se puede condicionar a cumplir con una serie de conductas o de comportamientos porque en ese caso ya no estamos hablando de derechos sino de caridad con condiciones» (p. 53).

El segundo capítulo, titulado “Las tensiones en la reforma del Estado de bienestar: qué podemos aprender del debate sobre la renta básica”, es una traducción de José Luis Rey Pérez del original inglés de Yannick Vanderborght. El autor, centrándose en la discusión sobre la renta básica, identifica tres tensiones clave en la reforma del Estado de bienestar: a) entre selectivismo y universalismo, b) entre programas en especie y en metálico y c) entre condicionalidad e incondicionalidad. Siendo la renta básica una prestación universal (para todos los miembros de la comunidad política), en metálico e incondicional (sin la exigencia de una contraprestación), se diferencia tanto de los esquemas convencionales de ingresos mínimos (en la primera y tercera características) como de los sistemas universales de educación y asistencia sanitaria (en la segunda).

En cuanto a la primera problemática, el autor lleva a cabo una sólida defensa del universalismo. Reconoce que la selectividad o focalización es adecuada en muchos casos, especialmente cuando existen necesidades específicas (como aquellas que tienen las personas con discapacidad), pero defiende que los programas universales, además de expresar nuestra común pertenencia a una sociedad, pueden ser una vía más eficaz para: a) luchar contra la pobreza, pues evitan complejidades administrativas y también la creación de estigmas; b) garantizar el acceso al mercado de trabajo, pues evitan la “trampa de la pobreza”; c) luchar contra la reducción del Estado de bienestar, pues evitan que las clases medias se vuelvan en contra de las prestaciones sociales.

En la discusión en torno a las ventajas e inconvenientes de las ayudas en especie o en metálico, el autor muestra la dificultad de resolver la tensión en

un plano teórico y aboga por la plena compatibilidad en la práctica de la renta básica con los programas universales en especie. Aun compartiendo esta afirmación, la forma en que el autor plantea el problema resulta, en mi opinión, bastante cuestionable. Su razonamiento es el siguiente: a) las ayudas en metálico permiten a los individuos satisfacer sus preferencias de la forma en que lo consideren más conveniente, maximizando así su propia utilidad; b) esta ausencia de restricciones supone una ventaja de las mismas respecto a las ayudas en especie; c) de todas formas, hay personas que son incompetentes para tomar sus propias decisiones; d) conclusión: es necesario adoptar algún tipo de paternalismo, entendido este como una restricción por parte del Estado a la libertad individual de cada cual. La primera premisa acierta, creo, en la idea de que cada uno es el mejor juez de sí mismo, pero atribuye injustificadamente al mercado la capacidad de satisfacer siempre mejor que el Estado las preferencias de los individuos. Incluso aceptando que así fuera, cosa bastante cuestionable, la segunda premisa nos lleva un paso más allá: no es solo que el mercado ofrezca siempre un abanico más amplio de posibilidades de elección, sino que este hecho por sí mismo es un “argumento poderoso” (p. 100) en favor de las ayudas en metálico; parece, sin embargo, que el establecimiento de límites o de obligaciones a los individuos, siempre que no se realicen de una forma arbitraria, son interferencias legítimas que no van en contra de la libertad individual. La tercera premisa, en fin, tiene el inconveniente de no aclarar qué tipo de personas son las incompetentes. Es por todo esto que la conclusión parece precipitada. Sin negar la idea de que la adopción de cierto tipo de paternalismo es inevitable (incluso quizás deseable) para cualquier Estado, este no tiene por qué ser entendido como una restricción a la libertad individual, sino más bien como una condición necesaria para su realización. En cualquier caso, el paternalismo no parece el problema clave cuando se trata de discutir si las ayudas deben ser en especie o en metálico. La discusión es más bien si determinadas esferas de la vida social, debido a su importancia para la colectividad o incluso por la naturaleza de las actividades que en ellas se desarrollan, deben estar o no desmercantilizadas.

El capítulo acaba con una reflexión acerca del carácter incondicional de la renta básica, consistente en que no se exige haber trabajado o estar en disposición de hacerlo para tener derecho a percibir la prestación. El autor identifica el problema con lucidez: «Los defensores de la RBU de hecho no niegan que deba existir algún tipo de “derecho al trabajo” o, al menos, el derecho a

acceder a una actividad significativa. Lo que ellos discuten es que la mejor forma de realizar ese derecho consista en implementar un “deber de trabajar” que es la justificación utilizada para defender las políticas de *workfare* y de activación» (p. 104).

El tercer capítulo, de José Luis Rey Pérez, tiene como significativo título “La reforma del artículo 135: ¿la vía jurídica para el final del Estado de bienestar en España?”. Antes de ocuparse propiamente de dicha modificación legislativa, efectuada en el verano de 2011, Rey recoge los rasgos fundamentales de todo Estado Constitucional: a) la Constitución ocupa una posición suprema en el ordenamiento; b) esa norma no solo incluye aspectos procedimentales, sino que reconoce también contenidos de moralidad que positiviza en forma de derechos fundamentales; c) el poder judicial cobra un protagonismo que no tenía en el Estado legislativo. Además, señala el autor, el modelo de Estado constitucional parte de una concepción de la democracia que diferencia las decisiones tomadas en el momento constitucional de aquellas adoptadas en la política diaria. Las primeras aparecen revestidas de una importancia que no tienen las segundas, de ahí que las mayorías políticas, que cambian cada pocos años, no puedan entrar a reformar esos acuerdos adoptados en el momento constitucional. La Constitución y los derechos fundamentales aparecen entonces como algo que limita el poder de la democracia, con la justificación de proteger la misma democracia.

La reforma del artículo 135, señala el autor, ha supuesto una alteración de los acuerdos del momento constitucional de 1978. Lo criticable es que esta modificación se haya efectuado sin abrir un nuevo momento constitucional, sino más bien “por la puerta de atrás”: con la urgencia propia de las decisiones políticas ordinarias y en contra de la resistencia a la modificación del texto que había prevalecido hasta entonces. Es una decisión, además, realizada con una falta de consenso generalizada y que parece responder a las presiones de los países acreedores de la Unión Europea. Una reforma, en definitiva, que adolece de una falta absoluta de transparencia democrática.

En cuanto al contenido, la reforma ha sido presentada como una suerte de “cambio cosmético”, que no añade nada sustancial al compromiso ya existente de limitar el endeudamiento del Estado, que España había adquirido a través de los tratados que vinculan al país a la Unión Europea. Sin embargo, señala Rey, los cambios no son tan intrascendentes: suponen introducir una línea ideológica que contradice la definición de España como Estado social. En la vieja redacción se permitía al Estado emitir deuda pública y contraer crédito,

siempre sometido al imperio de la ley. En la nueva redacción se prohíbe incurrir en un déficit mayor de un tanto por ciento del PIB. «Se pasa, en consecuencia, de una posibilidad, de la que el Gobierno podía hacer uso en el desarrollo de su tarea de gestión de los asuntos públicos, a una prohibición de hacerlo más allá de un límite, lo que viene a configurar el recurso a la deuda pública como una excepción al principio general de prohibición de endeudamiento» (p. 124). Además, no se establece la obligación de garantizar un mínimo de gasto para satisfacer los derechos sociales, lo cual contrasta con la prioridad absoluta que se le confiere al pago de los intereses de la deuda. Rey muestra, en definitiva, la importancia que encierra la reforma del artículo 135, quizás no tanto por los cambios efectivos que esta pueda suponer para la política diaria, pero sí por su profunda significación simbólica, por el descarado ataque que lanza contra las estructuras de bienestar y los principios democráticos.

El cuarto capítulo, titulado “La pobreza en España en periodo de crisis. Su relación con el mercado laboral”, es un artículo conjunto de Alberto Colino y Antonio Javier Ramos Llanos. En él se examina, por una parte, la preocupante situación del mercado laboral en España, en el que destaca el paro masivo. Por otra parte, se estudia el problema de la pobreza relativa, analizando los factores determinantes de entrada y salida de dicha situación, su evolución durante el período 2004-2013 y su impacto sobre los diferentes colectivos de nuestra sociedad, prestando especial atención a su incidencia dependiendo de la situación laboral de los individuos. Las conclusiones fundamentales que se pueden extraer del estudio son las siguientes: a) el desempleo genera mayor riesgo de pobreza y el empleo facilita la salida de la misma; b) la reducción del desempleo por sí solo no reduce significativamente la pobreza relativa: la estructura actual del mercado de trabajo genera procesos de dualización, no solo “hacia fuera”, entre empleados y parados, sino también “hacia dentro”, provocando la existencia de “trabajadores pobres” (en términos porcentuales, generalmente aquellos con un trabajo temporal y/o a jornada parcial, o empleados por cuenta propia); c) la pobreza relativa (desigualdad) no se redujo en épocas de crecimiento económico y ha empeorado sustancialmente con la crisis; d) la pobreza relativa es más elevada en España que en los países europeos de nuestro entorno y, además, el Estado de bienestar español adolece de una mayor incapacidad redistributiva.

El quinto capítulo, de Dolores Carrillo Márquez, lleva por título “El necesario reforzamiento del nivel asistencial de nuestro sistema de protección social”. La autora explica cómo la protección social en España se estructura

en diferentes sistemas nacionales y autonómicos de otorgamiento de prestaciones, siendo el principal el sistema de Seguridad Social, el cual consta de dos niveles diferentes: el contributivo y el no contributivo o asistencial. El segundo es del que se ocupa el artículo. Su característica fundamental es que se otorga protección ante reales y probadas situaciones de necesidad. Carrillo Márquez explica el origen histórico de estas prestaciones no contributivas: cumplen la misión de complementar al nivel contributivo, que cubría a través de un “seguro” a los contribuyentes ante eventuales situaciones de necesidad (lesión, enfermedad, vejez, etc.), pero que presuponía la existencia o la tendencia hacia el pleno empleo de carácter indefinido. El Estado, progresivamente, empieza a otorgar protección de Seguridad Social no solo a los trabajadores, sino al conjunto de la ciudadanía. Los tipos de prestaciones no contributivas —muy heterogéneas y escasamente eficaces, según la autora—, son los siguientes: a) pensiones no contributivas (por invalidez o jubilación), b) complementos a las pensiones contributivas que no alcanzan el nivel mínimo, c) complementos de ayuda a las personas con discapacidad, d) subsidios asistenciales por desempleo, e) rentas activas de inserción a nivel estatal, f) rentas mínimas de inserción de las Comunidades Autónomas.

La autora trata las prestaciones asistenciales familiares y las prestaciones de viudedad y orfandad en una sección aparte, al considerarlas especialmente insuficientes en la actualidad. Considera necesario avanzar hacia un modelo que permita dar respuesta a la creciente problemática de la pobreza infantil y al déficit de las políticas de apoyo a las familias. Pone como ejemplo de este nuevo enfoque a seguir el desarrollado en muchos países europeos desde mediados de los años 90, que consiste en sustituir las políticas orientadas a la “reparación” por otras orientadas a la “preparación”, lo cual ha permitido acuñar el concepto de “Estado social inversor”. Afirma la autora que, desde esta perspectiva, las políticas sociales deben considerarse como un elemento productivo, esencial para el desarrollo económico, como una inversión en el capital humano del futuro. Sin negar que este cambio de paradigma tenga la virtualidad de poner en el centro la asistencia a los menores, supone también, en mi opinión, una anulación absoluta de la lógica de los derechos, en favor de la búsqueda de rentabilidad o eficiencia. Creo que existe aquí, pues, un marcado contraste con las tesis defendidas en el capítulo primero, que tal vez debería haberse hecho explícito.

El sexto capítulo, titulado “Una reforma fiscal para el sostenimiento del Estado de bienestar”, corre a cargo de Pilar Navau Martínez-Val. La autora

comienza expresando con claridad el punto de partida: para que los derechos sociales queden plenamente garantizados, no solo debe existir una adecuada política de gasto público, sino que, además, su financiación, básicamente a través del sistema tributario, debe ser justa, de acuerdo con los principios de igualdad y progresividad que proclama el artículo 31.1 de la Constitución. Desde esta perspectiva se analizan tanto las reformas tributarias acometidas en España durante el período más severo de la crisis (2010-2013) como aquellas aprobadas en el otoño de 2014. El objetivo final de este análisis es valorar la constitucionalidad de las citadas medidas tributarias.

Las reformas del período 2010-2013 tienen las siguientes características. En primer lugar, se elevaron algunos de los tributos más importantes del sistema: a) se estableció un recargo transitorio del IRPF, denominado “Gravamen Complementario”; b) se produjo un aumento de los tipos de gravamen del IVA, en dos ocasiones, elevándose el tipo general en un total de cinco puntos porcentuales; c) tuvo lugar un incremento del tipo de gravamen del Impuesto sobre Bienes Inmuebles; d) se empezó a exigir tasas por servicios públicos tradicionalmente financiados exclusivamente con cargo a impuestos o se aumentaron notablemente tasas ya existentes. En cuanto al gravamen complementario, señala la autora que, al superponerse a un IRPF con estructura dual —en el que las rentas del ahorro son sometidas a tipos de gravamen notablemente más suaves que los aplicables a las rentas del trabajo—, ha acentuado aún más la discriminación negativa de estas últimas. Con respecto a los incrementos en el IVA, el IBI y las tasas, Martínez-Val critica su potencial regresividad.

En segundo lugar, se mantuvo inalterado el tipo nominal (30 por 100) del Impuesto sobre Sociedades, pero se emprendieron acciones (especialmente dirigidas a las grandes compañías) encaminadas a incrementar el tipo de gravamen efectivo, a través de la limitación de estrategias de “planificación fiscal”. En tercer lugar, y también en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades, se aprobaron dos gravámenes especiales sobre rentas de fuente extranjera, en virtud de los cuales se permitió repatriar rentas procedentes de paraísos fiscales, quedando sometidas a un gravamen del 8 por 100 (si procedían de actividades empresariales) o del 10 por 100 (si se trataba de rentas pasivas). Nos dice a este respecto Navau Martínez-Val que esto último supone permitir disfrutar de un tipo reducido a rentas pasivas no vinculadas con actividades productivas, cuya licitud, teniendo en cuenta la opacidad característica de los paraísos fiscales, podría ser en algunos casos más que dudosa.

En cuarto lugar, la “declaración tributaria especial”, también conocida como “amnistía fiscal”, permitió que los contribuyentes del IRPF, Impuesto sobre Sociedades o Impuesto sobre la Renta de los No Residentes que fueran titulares de bienes o derechos no declarados, pudieran presentar una declaración extraordinaria con el objeto de regularizar su situación tributaria, siempre que hubieran sido titulares de los mismos con anterioridad al 31 de diciembre de 2010. Se eximió a estos contribuyentes de la exigibilidad de sanciones (incluidas las penales), intereses de demora y recargos, a cambio de aplicar al valor de adquisición de dichos bienes o derechos un tipo reducido del 10 por 100. Nos dice la autora que se trata de una auténtica condonación de la deuda tributaria para defraudadores que, si bien tiene el propósito de incentivar el afloramiento de bases imponibles que permanecían ocultas, contradice de forma clara los principios constitucionales. En quinto lugar, se reestableció con carácter urgente y de manera transitoria en 2011 el Impuesto sobre el Patrimonio, que había sido suprimido en 2008. Afirma la autora que este tributo presenta graves defectos técnicos y de equidad —pues la vigente configuración de los beneficios fiscales de que gozan las acciones y participaciones en el capital de sociedades permite que los grandes *holdings* familiares puedan quedar exonerados del gravamen—, los cuales no fueron resueltos en el momento en que se decidió volver a aplicar el gravamen.

Un análisis global de todas estas medidas revela, según la autora, una tendencia potencial hacia la regresividad en el reparto del coste de la crisis presupuestaria: las reformas tributarias han afectado de manera más directa a los asalariados. La forma de las mismas es también criticable, por su alto grado de descoordinación y por el empleo abusivo del mecanismo del Decreto-Ley. La explicación principal de todo ello hay que buscarla en la necesidad por parte de los gobiernos de cumplir con los ajustes presupuestarios marcados desde la Unión Europea. Señala Navau Martínez-Val que estas urgencias de las finanzas públicas no pueden llevar, sin embargo, a que los gobiernos nacionales abduquen de su obligación de cumplir el ordenamiento constitucional.

La reforma fiscal de 2014 continúa, con algunos cambios, la línea trazada por las medidas anteriores: supone la anteposición de la eficiencia económica al principio de justicia y debilita el mandato constitucional de progresividad tributaria. La autora propone, a cambio, cuatro reformas fiscales fundamentales. En primer lugar, aboga por un IRPF más simple, con una única escala de gravamen, que permita reparar la falta de equidad en el reparto del coste

del ajuste presupuestario, actualmente soportado fundamentalmente por las clases medias. En segundo lugar, esboza una posible forma de inyectar progresividad al IVA. En tercer lugar, defiende eliminar el empleo abusivo de la tasa como recurso tributario, el cual puede producir un efecto de dualización, al crear la alternativa entre un servicio público de baja calidad a cambio del pago de una tasa o un servicio privado de mayor calidad (tal vez premiado con algún tipo de deducción fiscal) a cambio de un precio de mercado. Se trata de un esquema que resta además legitimidad al sistema tributario, al focalizar la obligación de la reciprocidad únicamente en aquellos con niveles de renta más bajos. En cuarto lugar, Martínez-Val cree conveniente no centrar la imposición patrimonial en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, sino en las grandes fortunas o en el Impuesto sobre Sucesiones. Considera que este último (el cual grava una circunstancia que no tiene que ver con el mérito, como es el origen familiar) podría quedar vinculado a una política de gasto público directamente relacionada con la igualdad de oportunidades, preferiblemente política educativa (por ejemplo, la creación de un fondo de becas).

En el séptimo y último capítulo, titulado “¿Qué reformas necesita el Estado de bienestar español?”, José Luis Rey Pérez hace un repaso general de los asuntos tratados a lo largo del libro y señala tres vías principales de reforma del Estado de bienestar: a) un abordaje en profundidad del problema del empleo en España, que ponga sobre la mesa cuestiones tan diversas como la superación de la identidad entre trabajo y empleo, la creación de empleo de calidad, el incremento del salario mínimo o el reparto del empleo; b) la implementación de prestaciones universales o, en su defecto, la creación de sistemas de garantía de ingresos más cohesionados y eficientes; c) la reforma del sistema fiscal. La existencia de estas vías, aunque puedan resultar difíciles de recorrer, permite afirmar al menos que la sostenibilidad del Estado de bienestar en España es posible. Será una cuestión de voluntad política seguir implementando medidas que conducen a su destrucción o empezar a tomarse en serio su actualización. De ello depende, nos dice Rey, el que las crisis del capitalismo no acaben provocando el fin de las políticas de bienestar, para que estas puedan consolidarse como el sustento de una nueva forma de progreso, donde la dignidad de la persona esté situada en el centro.

Concluye así un libro que tiene la gran virtualidad de analizar con detalle y profundidad una serie de transformaciones cuya relativa novedad supone una dificultad añadida para su abordaje desde la teoría social. Lejos de partir

desde algún tipo de “teoría ideal”, los autores basan sus análisis en el atento estudio de diversos cambios legislativos e institucionales que se han venido produciendo en los últimos años, para acabar proponiendo una renovación del Estado de bienestar en España no únicamente bien fundamentada desde un punto de vista normativo, sino también ajustada a las circunstancias sociales del país. La Academia, podríamos decir, ha hecho bien su trabajo; otra cosa será que las ideas aquí lanzadas puedan en algún momento encontrar acomodo entre nosotros y devenir así realidad.

PABLO SCOTTO BENITO
Universitat de Barcelona
e-mail: pablo.scotto.benito@ub.edu

Laura Mora CABELLO DE ALBA y Juan ESCRIBANO GUTIÉRREZ (eds.).
La ecología del trabajo. El trabajo que sostiene la vida,
Editorial Bomarzo, Albacete, 2015, 268 pp.

DANIEL J. GARCÍA LÓPEZ
Universidad de Granada

Palabras clave: ecología, trabajo, vida, sostenibilidad
Keywords: ecology, labour, life, sustainability

“El individuo, en su desnudez en tanto que simple trabajador, es un producto histórico”.

Karl Marx¹

1. El ser humano, devenido individuo y sujeto en la Modernidad², ha sido despojado de los medios de producción y subsistencia. Su única posesión es la fuerza de trabajo que vende a cambio de medios para sobrevivir, arrebatados por el capital. Pero esta compra-venta tiene sus particularidades: la entrega de la fuerza de trabajo es al mismo tiempo un desgarramiento, pues el ser humano no puede despojarse ontológicamente de su fuerza, entendida como su cuerpo. Esta puede ser la interpretación de la *desnudez* de la que habla Marx en el acápite que principia esta reseña. La desnudez de la corporalidad viva del trabajador implica un ofrecimiento como expropiación en tanto productor (en la fábrica) y reproductor (en la casa). Esta desnudez, en definitiva, nos lleva hacia el simple hecho de vivir: la nuda vida, tal como la caracterizó Walter Benjamin (*blosß Leben*), es aquella que soporta el nexo entre la violencia y el derecho³. El capital se apropia de toda la vida del trabajador, tanto en el período de trabajo como en el de descanso.

¹ K. MARX, *Los fundamentos de la crítica de la economía política*, Ed. Comunicación, Madrid, 1972, tomo 1, p. 342.

² P. BARCELONA, *El individualismo propietario*, presentación de Mariano Maresca, Trotta, Madrid, 1996.

³ “El desencadenamiento de la violencia jurídica deriva (cosa que no podemos exponer aquí con más detalle) de la inculación de la vida natural, la cual entrega a los seres vivos

La vida se hace disponible para el soberano: puede acabar con ella, sacrificarla, sin ser ello un homicidio. Esto es lo que Giorgio Agamben identifica con la vieja figura del derecho romano del *homo sacer*⁴. Una vida excluida tanto del derecho divino (es insacrificable) como del derecho humano (se puede disponer de ella sin ser ello homicidio). La vida queda así abandonada, pues el bando del soberano se aplica sobre el bandido. En la zona de indistinción entre hecho y derecho, el medio ambiente deviene, al igual que el ser humano que lo ocupa, simple *zoè*, frente a la vida digna y cualificada del *bíos*⁵. En el marco de la biopolítica que ha devenido biocapitalismo⁶, el soberano también se apropia de las condiciones que sostienen la vida.

2. Este puede ser el marco filosófico en el que insertar el libro *La ecología del trabajo. El trabajo que sostiene la vida*, editado por Laura Mora Cabello de Alba y Juan Escribano Gutiérrez. Precedido por las Jornadas de Trabajo y Medio Ambiente organizadas por *Ecologistas en Acción* en 2013, se divide en tres partes, a saber: 1) *la ecología del trabajo* como concepto en el que interseccionan vida, trabajo y medio ambiente (págs. 23-100); 2) *el trabajo desde una mirada multidisciplinar* (págs. 101-202); 3) *el trabajo que sostiene la vida* (págs. 203-264).

inocentes y desdichadamente a la expiación; expía su inculpación y redime al tiempo al que es culpable, pero no de una culpa, sino del derecho. Pues con la mera vida cesa todo dominio del derecho sobre los seres vivos. La violencia mítica es violencia sangrienta sobre la mera vida a causa de la violencia que le es propia; la violencia divina pura es, por su parte, ya violencia sangrienta sobre toda la vida, justamente a causa de lo vivo. La primera exige sacrificios, mientras que los acepta la segunda". W. BENJAMIN, "Hacia una crítica de la violencia", en *Obras*, Libro II, vol.I, Ed. Abada, Madrid, 2007, p. 203.

⁴ «La vida a quien cualquiera puede dar muerte pero que es a la vez insacrificable». G. AGAMBEN, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pre-textos, Valencia, 1998, p. 18.

⁵ "Los griegos no disponían de un término único para expresar lo que nosotros entendemos con la palabra *vida*. Se servían de dos términos, semántica y morfológicamente distintos, aunque reconducibles a un étimo común: *zōê*, que expresaba el simple hecho de vivir, común a todos los seres vivos (animales, hombres o dioses) y *bíos*, que indicaba la forma o manera de vivir propia de un individuo o un grupo. Cuando Platón, en el *Filebo*, menciona tres géneros de vida y Aristóteles, en la *Ética Nicomáquea*, distingue la vida contemplativa del filósofo (*bíos theōrētikós*) y de la vida de placer (*bíos apolaustikós*) y de la vida política (*bíos politikós*), ninguno de los dos habría podido utilizar nunca el término *zōê* (que significativamente carece de plural en griego) por el simple hecho de que para ellos no se trataba en modo alguno de la simple vida natural, sino de una vida cualificada, un modo de vida particular". G. AGAMBEN, G.: *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, cit., p. 9.

⁶ L. BAZZICALUPO, *Il governo delle vite. Biopolitica ed economia*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 2006.

Si bien el trabajo ha sido delimitado tradicionalmente en un tiempo (jornada laboral) y un espacio determinado (la fábrica como paradigma), como apunta Antonio Baylos en el prólogo, “a su vez requiere igualmente una condición más amplia ligada a la existencia social de las personas que trabajan, sus condiciones de vida, sus pautas y procesos de reproducción social” (p. 13). Por eso la problemática ambientalista queda indisolublemente vinculada a ambas zonas: el espacio-tiempo del trabajo y el espacio-tiempo social. No podemos quedarnos solo con el primero (por ejemplo, salud laboral), pues este no tiene sentido sin el segundo. Tal es la dependencia que, en una situación de crisis eco-lógica/nómica⁷, los derechos que se poseen en el espacio-tiempo del trabajo quedan *suspendidos* en su contenido y eficacia⁸.

Entonces, ¿qué es la ecología del trabajo? Los cuatro primeros capítulos, redactados por Laura Mora Cabello de Alba (“La ecología del trabajo: el trabajo del pan y las rosas”, págs. 25-38), Manuel Antonio García-Muñoz Alhambra («Derecho del trabajo y ecología: repensar el trabajo para un cambio de modelo productivo y de civilización que tenga en cuenta la dimensión medioambiental», págs. 39-53), Yayo Herrero (“Vivir y trabajar en un mundo justo y sostenible”, págs. 55-69) y Amaia Pérez Orozco (“La sostenibilidad de la vida en el centro...¿y eso qué significa?”), págs. 71-99), trazan sus contornos. Como señala Laura Mora Cabello de Alba, “se impone la necesidad de un cambio de paradigma productivo en un sentido amplio, es decir, un cambio de paradigma en torno a la creación de riqueza, de aquello que realmente está al servicio del Buen Vivir en paz y armonía entre todo aquello que está y puebla el Planeta” (p. 26). Por eso, continúa, la ecología del trabajo “es el instrumento político en el que el trabajo se sitúa como eje de convivencia en un ecosistema sano y sustentable” (p. 27).

Este cambio de modelo debe realizarse desde dos puntos básicos: la ecología y el feminismo. Si el primer punto nos muestra que debe ser un trabajo que respeta el Planeta (de ahí que Laura Mora recurra al concepto *Sumak Kawsay* o Buen Vivir en quichua ecuatoriano)⁹, pues este es finito, el segundo marca como *conditio sine qua non* un nuevo pacto sexual “donde hombres y

⁷ Comparten la raíz del *oikos*, la casa, el hogar, el ámbito vital.

⁸ Buen ejemplo de ello fue la reforma del artículo 135 de la Constitución española. Sobre el carácter inmunitario, en un sentido biopolítico, de dicha reforma, D.J. GARCÍA LÓPEZ, “El silencio de las sirenas en el corazón de las tinieblas. Sobre la lógica de las reformas”, en *Pensar desde abajo. Revista de pensamiento y cultura*, n°2, 2013, pp. 77-91.

⁹ D. VILA VIÑAS, “El concepto de *buen vivir* – *sumak kawsay* desde la perspectiva de la gubernamentalidad”, en *Revista de Antropología Experimental*, 14, 2014, pp. 1-22.

mujeres se piensen a sí mismos y en relación con el otro sexo” para poder así acabar con el capitalismo patriarcal (p. 34). No obstante, debe añadirse que esta visión binarista en la que solo se reconocen dos sexos debe también desaparecer. El nuevo pacto sexual que reivindica Laura Mora ha de estar co-escrito por todas las realidades sexuales, no solo hombres y mujeres (también trans*, intersex¹⁰, etc.), pues de lo contrario se reifica la norma, quedando oculta la heteronormatividad (y sus terribles efectos) en un nuevo lenguaje que mantiene las viejas estructuras de discriminación y dominación.

En el primer pilar sobre el que debe sustentarse el cambio de modelo, aquel basado en la ecología, se detienen Manuel Antonio García-Muñoz Alhambra y Yayo Herrero. El primero apuesta por una resignificación del trabajo, un cambio de paradigmas desde la compatibilidad entre trabajo y medio ambiente y con el objetivo de co-construir un modelo sostenible. Para ello es necesario atacar la lógica del modelo capitalista-productivista: “romper la relación entre crecimiento y desarrollo y poner en el centro la idea de que el objetivo del desarrollo humano no sería tener más, sino vivir mejor” (p. 51). ¿Y en qué basarnos para realizar la ruptura? En la necesidad: “ante la verdad del desastre ecológico se pone de manifiesto la insostenibilidad radical del sistema, su incapacidad para sostener la vida” (p. 51).

Siguiendo esta línea de resignificar la categoría trabajo desde su compatibilidad con el medio ambiente pero fuera de la lógica capitalista, Yayo Herrero muestra cómo la necesidad de romper con esta lógica se basa en la necesidad de vivir en un ambiente que posee límites. Si la crisis económica ha representado públicamente el sistema (patriarcal, antropocéntrico y capitalista) desde su voracidad, la trinchera que deben armar movimiento sindical y movimiento ecologista “es ya inaplazable y supone repensar las bases materiales que sostienen la vida humana” (p. 57). Es por ello urgente asentarnos sobre las ideas de la interdependencia, la ecoddependencia y la producción destinada a las necesidades, ideas estas que han sido aplastadas por el sistema de producción capitalista. Señala Yayo Herrero: “para construir una economía adecuada a los seres humanos, la producción tiene que ser una categoría ligada al mantenimiento de la vida y al bienestar de las personas” (p. 62).

¹⁰ Sobre la necesidad de ese pacto sexual en el que se incluya la posibilidad de las realidades sexuales más allá del hombre y la mujer, especialmente intersex, puede verse en D.J. GARCÍA LÓPEZ, *Sobre el derecho de los hermafroditas*, Ed. Melusina, 2015.

La contribución de Amaia Pérez Orozco se sitúa en el otro pilar, a saber, el feminismo. Si la mirada hegemónica se sitúa sobre los procesos del mercado, la economía feminista se dirige hacia el *descubrimiento del otro oculto*. De esta modo se desplaza el eje analítico “desde los procesos de valorización de capital hacia los procesos de *sostenibilidad de la vida*» (p. 72). Ello nos sitúa en una zona exterior, en un afuera desde donde mirar los mercados como centro neurálgico de la sociedad (p. 73). La estrategia, por tanto, pasa por desplazar ese centro, situando allí la sostenibilidad de la vida. ¿En qué consiste esta? Consiste, siguiendo el concepto *vida vivible* de Judith Butler¹¹, en el «sostenimiento de las condiciones de posibilidad de vidas que merecen la pena ser vividas» (p. 74).

Desde este marco, es preciso desnaturalizar el mercado para hacer visible el conflicto capital-vida (p. 83), pues al situar la producción y la acumulación en el centro, el sistema capitalista «inhibe la existencia de una responsabilidad colectiva en la sostenibilidad de la vida» (p. 91). La pregunta que queda por responder, y en la que se centran los esfuerzos de Amaia Pérez Orozco, es cómo sostener la vida. Para ello elabora diversas estrategias: la tríada mercado-estado-hogares, considerando estos últimos como la unidad socioeconómica básica (p. 91), la visibilización de la diversidad sexual y de género para la co-implicación en la responsabilidad de sostener la vida en tanto esta está actualmente feminizada. En definitiva, para evitar reproducir la lógica del capitalismo y la reconstrucción de la desigualdad, concluye, “necesitamos, urgentemente, una confluencia entre la economía feminista y otras miradas feministas de corte más *queer*, postmoderno, transfeminista o como queramos llamarlo” (p. 99).

3. La segunda parte del libro se ocupa de analizar el trabajo desde diversas perspectivas: antropología, derecho, sindicalismo y economía. El primero de los puntos es tratado por Rosa María Almansa Pérez (“Relaciones entre ser humano, trabajo y naturaleza desde una perspectiva histórico-antropológica”, págs. 103-131). La autora urge a la construcción de una nueva antropología (p. 106), pues la crisis civilizatoria en la que nos encontramos viene retroalimentada por una serie de paradigmas ontológicos y antropológicos que «perpetúan la escisión suicida entre sociedad y naturaleza, y, al mismo tiempo, legitiman permanentemente formas de pensamiento, decisión, organización y trabajo que agostan nuestra singularidad personal e impiden

¹¹ J. BUTLER, *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*, Ed. Paidós, Barcelona, 2009.

el establecimiento de fines solidarios» (p. 104). Es preciso salir de la visión clasicéntrica (p. 120) para caminar hacia “una vivencia de ser-con-el otro verdaderamente fraternal” (p. 130), situándonos en el lugar del otro.

Juan Escribano Gutiérrez (“Trabajo y medio ambiente: perspectivas jurídico-laborales”, págs. 133-158) adopta la perspectiva jurídica. Si bien el Derecho del Trabajo, como doctrina, se ha ocupado de estudiar las normas sobre salud laboral (exposición de los trabajadores a ambientes insalubres), el autor aborda la necesidad de resituar la perspectiva en el horizonte del “impacto del trabajo en el medio ambiente, es decir, la incidencia que ocasiona la actividad laboral y la producción de bienes y servicios en la naturaleza” (p. 133). Desde esta punto es posible advertir que el ordenamiento jurídico produce un conflicto artificial entre trabajo y medio ambiente. Al no existir una regulación conjunta de ambos, «las medidas de protección medioambiental son contempladas en conflicto con el empleo y al contrario», fortaleciendo así la posición del capital (p. 140). Asimismo, la escasa atención que el ordenamiento iuslaboralista presta a la protección del medio ambiente parece advertir “el deseo del legislador de mantener separadas las exigencias que, por una parte, el ordenamiento jurídico impone al empresario de procurar un medio de trabajo salubre y, por otra, la de no generar con la práctica empresarial el deterioro del medio ambiente” (pp. 138-139). Ello acrecienta este conflicto artificial, pues se crea la ficción por la cual se entiende que a más protección medioambiental se genera menos empleo.

Al situar la vida (en un sentido amplio) en el centro, dicha artificialidad nos muestra que el conflicto se ubica más bien en la agresión que el capitalismo y su lógica competitiva produce en la vida. Sería preciso entender que las normas de protección medioambiental se dirigen tanto al medio como al propio trabajador, más allá de la ineficaz responsabilidad social corporativa pues su papel es puramente formal y cuyo único efecto radica en la mejora de la imagen de la empresa (p. 153). Apuesta Juan Escribano Gutiérrez «por una unificación del tratamiento normativo de la prevención de los riesgos que la actividad empresarial puede ocasionar tanto en el medio ambiente externo como en el interno» (p. 158).

Sabrina Alzais (“El Derecho del Trabajo ante los nuevos retos del desarrollo sostenible”, págs. 159-173) se centra en la noción de *desarrollo sostenible* en relación a los principios de precaución, reversibilidad y anticipación (p. 159). Sabrina Alzais analiza el facto tiempo, íntimamente unido a estos principios, en el Derecho del Trabajo, con especial énfasis en el despido por

causas económicas y en el derecho a la salud y seguridad en el trabajo. El objetivo es mostrar cómo la anticipación es un principio de realización del desarrollo sostenible, pero esta «no puede prosperar sin que su aplicación se guíe por objetivos de carácter social» (p. 173).

La contribución de Manuel Garí (*"Naturaleza, trabajo y sindicalismo"*, págs. 175-187) parte de un error cometido por el movimiento sindical: su ceguera a la hora de advertir que el capitalismo es destructivo también para el medio ambiente. En palabras del autor, "el movimiento obrero en su conjunto (partidos y sindicatos, incluida su ala izquierda) no fue consciente en su conjunto hasta tiempos muy recientes de la gravedad e intensidad de la crisis ni de las nuevas tareas que la misma comporta para el sindicalismo clase sociopolítico" (p. 179). No obstante este déficit, todavía estamos a tiempo de reaccionar y plantear la «reconversión ecológica de la economía y la sociedad industrial» (p. 175). Para ello es preciso articular un nuevo discurso ecosindical capaz de empoderar al movimiento obrero en tres ejes: socio-ético, político y laboral (pp. 183-184). Pero este discurso no puede implantarse sin un objetivo principal: la producción limpia (p. 185).

Cierra esta segunda parte Iñali Uribarri («La maldición del empleo. Por una renta básica de ciudadanía», págs. 189-201). Aunque el autor reconoce que no existen condiciones políticas para la viabilidad de la renta básica (p. 200), apuesta por un cambio de discurso sindical en el que se asuma esta institución como columna vertebral, sustituyendo al empleo (p. 189). Para ello es preciso acabar con una serie de mitos (la renta básica provocaría una ciudadanía vaga, incapaz de atender a las necesidades sociales, degradaría el empleo, etc.). No obstante, hubiera sido enriquecedor para este capítulo una comparativa entre la renta básica y la propuesta de trabajo garantizado que, desde otros sectores, también está en la agenda de los movimientos sociales.

4. Finalmente, el libro desarrolla una tercera parte en la que narraciones concretas dan testimonio del trabajo que sostiene la vida. La primera, escrita por Jesús M. Castillo (*"La salida de la crisis económica en Andalucía: medio ambiente, trabajadores y modelo de desarrollo"*, págs. 205-222) aborda la cuestión medioambiental y laboral en Andalucía para confluir en un modelo de desarrollo sostenible, esto es, un modelo que garantice la calidad de vida de la mayoría social presente y futura, por lo que el factor medio ambiente de calidad y cantidad es el eje vertebral. Con el ejemplo andaluz sobre la mesa, el autor analiza las propuestas de salida de la crisis desde arriba y

cómo han reproducido el modelo destructor del capitalismo: turismo de sol y playa, subvenciones agrícolas... (p. 216). Por el lado contrario, los movimientos sociales están proponiendo un modelo de salida de la crisis que es, a su vez, un modelo de ruptura con el modelo de producción capitalista: empleo verde, reforma agraria, agricultura ecológica, turismo rural, etc. (p. 216).

Siguiendo con esta propuesta de salir de la crisis eco-lógica/nómica desde abajo, las propuestas de Lidia Rodríguez García ("El enfoque ecológico en logopedia", págs. 223-242), Amparo Mora Cabello de Alba ("Mis dos ocho miles", págs. 243-250) y Lola Santos Fernández ("Cuidar como cuidan las madres", págs. 251-264) son claros ejemplos de mecanismos de ruptura en el marco ya descrito antes de mercado-estado-hogares. Así, Lidia Rodríguez apuesta por la eco-logopedia como herramienta para la comunicación de las personas entre sí y con su medio ambiente. Amparo Mora Cabello de Alba insta a un cambio de modo de engendrar, parir y criar desde una mirada feminista, de izquierdas y respetuosa con el medio ambiente. Finalmente, Lola Santos Fernández apunta hacia la necesidad de la alianza materna: entre las madres carnales y la Madre Tierra por medio del ecofeminismo. Concluye la autora, en el marco del cambio civilizatorio y de paradigmas que también el resto de autores han escrito, "el horizonte político del cuidado en y del trabajo necesario para vivir es hoy en día el que nos puede ayudar a conseguir el tan necesario cambio de civilización que reclama poner en el centro mismo del proceso la idea de civilización materna" (p. 264).

5. Uno de los textos más significativos de Walter Benjamin, *Sobre el concepto de historia*, publicado en 1942 tras su asesinato dos años antes, nos advertía de los peligros de la idea de *progreso*: es el huracán que se enreda en las alas del ángel de la historia, haciendo que este no pueda plegarlas para evitar la catástrofe que va dejando ruina sobre ruina¹². Esta ruina que produce el progreso queda bien patente en el medio ambiente, limitado y finito, en el que habitamos. Los esfuerzos realizados por las personas que han escrito *La ecología del trabajo. El trabajo que sostiene la vida* no solo muestran cómo actúa este huracán y qué efectos catastróficos provoca, sino que apuestan por ayudar al ángel a cerrar sus alas, construyendo alternativas de modelos de producción en los que trabajo, vida, economía y medio ambiente sean sostenibles.

¹² W. BENJAMIN, "Sobre el concepto de historia", en *Obras*, I, 2, Abada, Madrid, 2008, tesis IX.

Si comenzamos esta reseña aludiendo a la vida, a la vida desnuda, volvemos a ella para finalizar. Porque en el centro ha de situarse, como se muestra en este libro. Una vida en todas sus facetas, formas y contenidos. Es por ello que el cambio de paradigmas, modelo o civilizatorio que se ha puesto sobre la mesa con este libro no puede pasar por alto que la necesaria relación entre ecología y trabajo se realiza precisamente sobre la vida que debe ser sostenida. En este sentido, y señalándolo solo a modo de perspectiva, hay un concepto que nos puede ayudar a proseguir en este camino: forma-de-vida.

Giorgio Agamben define la forma-de-vida como “una vida que no puede separarse nunca de su forma, una vida en la que no es nunca posible aislar algo como una nuda vida [...]. Define una vida -la vida humana- en que los modos, actos y procesos singulares del vivir no son nunca simplemente hechos, sino siempre y sobre todo *posibilidades* de vivir, siempre y sobre todo potencia”¹³. Esta figura nos hace pensar en la posibilidad de *otro* cuerpo cuya singularidad radica en el uso del cuerpo, escapando a la producción, pues no produce nada sino su propio uso. Si la política ha sido pensada a través de la división, de la exclusión y de la inclusión, separando la vida de sí misma y clasificándola en vida humana, vida animal y vida vegetal, Agamben señala la necesidad de pensar una política de la forma-de-vida, esto es, de la vida indivisible e inseparable de su forma¹⁴. Y esta forma a la que queda indisolublemente unida la vida (por la que se debe luchar, pues se trata de una lucha por la supervivencia de la vida misma) se halla también en el medio ambiente.

«La guerra civil es el libre juego de las formas-de-vida, el principio de su co-existencia».

Tiqqun¹⁵

DANIEL J. GARCÍA LÓPEZ
 Universidad de Granada
 e-mail: danieljgl@gmail.com

¹³ G. AGAMBEN, *Medios sin fin, Notas sobre la política*, Pre-Textos, Valencia, 2001, pp. 13 y 14.

¹⁴ G. AGAMBEN, *L'uso dei corpi*, Vicenza, Ed. Neri Pozza, 2014, p. 263.

¹⁵ TIQQUN, *Introducción a la guerra civil*, Ed. Melusina, Barcelona, 2008, p. 16.

Silvina RIBOTTA, Andrés ROSSETTI (eds.)
Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria
Colección Debates, Dykinson, Madrid, 2015, 432 pp.

BEGOÑA CABEZA MARTÍNEZ
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: derechos sociales, Estado Social de Derecho, Estado de Bienestar, crisis, pobreza, desigualdad
Keywords: social rights, Social Rule of Law, Welfare State, crisis, poverty, inequality

Con la publicación del libro *Los Derechos Sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria*, Silvina Ribotta y Andrés Rossetti nos retan a reflexionar sobre el papel actual de los derechos sociales en los procesos sociopolíticos que han surgido recientemente como respuesta al desmantelamiento de los Estados Sociales de Derecho en nombre de la austeridad, recalcando que el disfrute real de estos derechos constituye una condición necesaria para alcanzar un nivel aceptable de justicia social.

Esta obra es uno de los resultados del proyecto de cooperación al desarrollo *La exigibilidad de los derechos sociales. Nuevos retos para el derecho de siglo XXI* que llevaron a cabo en 2008 y 2009 la Universidad Carlos III de Madrid, España, desde el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, y la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, desde la Facultad de Derechos y Ciencias Sociales, a partir de la financiación de la Agencia Española de Cooperación Internacional y Desarrollo (AECID). De hecho, da continuidad al trabajo iniciado con *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, editado igualmente por Ribotta y Rossetti, y publicado en Dykinson en 2010.

El título de la obra que recensiono hace referencia al Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, donde se enuncia que, atendiendo a la Declaración Universal de

Derechos Humanos, *no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos*. Definitivamente, como se desprende de los ensayos recogidos en esta obra, tales condiciones distan mucho de la realidad que viven a diario la mayoría de seres humanos en todo el mundo. No es necesario aludir a las poblaciones de los países tradicionalmente sumidos en situaciones de vergonzante injusticia, pobreza o esclavitud. Desgraciadamente, podemos echar un vistazo a nuestro alrededor y observar cómo el progreso logrado en muchos países durante décadas se ha estancado y ha iniciado el camino inverso a causa de la pésima gestión de la crisis económica, que ha ofrecido el argumento perfecto a quienes pretendían recortar los de por sí poco garantizados derechos económicos, sociales y culturales.

Con el objetivo de abordar la actualidad de los derechos sociales, este libro se organiza en cuatro partes, tras un atinado y contundente Prólogo que nos introduce inmediatamente en la relevancia, urgencia y gravedad de la materia que nos ocupa, esto es, la penosa e injusta situación en que sobreviven tantos seres humanos en el contexto del desmantelamiento de los Estados de Derecho. La primera parte de la obra se centra en los problemas conceptuales de los derechos sociales; la segunda, en los derechos sociales y sus garantías; la tercera se enfoca a la relación entre los derechos sociales y la crisis del Estado Social; y, por último, la cuarta parte profundiza en las particularidades de algunos de estos derechos.

Los cuatro trabajos recogidos en la primera parte tratan aspectos esencialmente teóricos en cuanto al concepto mismo de los derechos sociales. En “Diez directrices para la interpretación correcta de los derechos”, de Rafael de Asís Roig, se enuncian los criterios esenciales que deben considerarse para la adecuada interpretación de los derechos sociales. Se posiciona en una concepción intermedia de la interpretación jurídica y recalca el carácter especial de las normas de derechos fundamentales. Por ello, y a pesar de la variedad de teorías del Derecho, que condicionan a su vez las decisiones interpretativas, el autor recoge los criterios principales a tener en cuenta por el juez constitucional de cara a acercarse a una interpretación correcta. La agenda de interpretación propuesta con claridad y solidez por Asís Roig incluiría la imparcialidad, la coherencia y consistencia, la explicitación, el respeto de la lengua, la saturación, la ponderación y consecuencias, la no refutación, la universalización, la atención al precedente interpretativo, y la aceptabilidad para la comunidad.

En el segundo capítulo pasamos de la interpretación al cumplimiento de los derechos sociales, con el escrito de Andrés Rossetti titulado “¿Mínimos o proporciones? Reflexiones sobre el cumplimiento y respeto de los derechos (sociales)”. En este artículo se trata la acuciante cuestión de si el cumplimiento de los mínimos requisitos que plantean los derechos humanos permite asumir que estos se encuentran garantizados, o si se debería analizar la *proporción* en que cada individuo disfruta de ellos. El autor reflexiona acerca de la indeterminación del concepto de los derechos humanos por lo reciente de su desarrollo, ya que como expresaría Bobbio, los derechos humanos son *históricos*, y se encuentran en permanente evolución. En cambio, sí reconoce el consenso sobre su universalidad y su conexión con la noción de la dignidad humana. Para Rossetti los derechos sociales plantean, como subconjunto, los mismos problemas que el resto de derechos humanos, siendo similares en términos de fundamentación, formulación y titularidad. El autor defiende justificadamente que no es suficiente para dar por cumplido un derecho que se satisfagan los mínimos requisitos, en tanto que tratan con cuestiones esenciales para la vida, por lo que se debería exigir el cumplimiento de ciertas proporciones. Asimismo, y para cerrar de forma crítica su trabajo, el autor plantea los posibles obstáculos de su propuesta, como el aumento de los conflictos entre derechos, la dificultad de hablar de proporciones refiriéndose a derechos de carácter personal, la complicada evaluación del cumplimiento en la proporción adecuada de los derechos, la compleja definición del “todo” que se toma de referencia, o los conflictos que surgirían en relación con las preferencias, la autonomía o la libertad.

En el siguiente texto, “Interés público, interés social y derechos sociales”, a cargo de Diego Blázquez Martín, se argumenta cómo la crisis ha evidenciado que la idea neoliberal que presenta el interés general como el sumatorio de intereses particulares está errada, y apunta cómo esta idea generalizada supone la destrucción del Estado Social y Democrático de Derecho. Para desarrollar su tesis el autor traza la evolución histórica de los conceptos de *bien común* y de *interés general*. Blázquez Martín establece a partir de este esquema una conexión entre el concepto de *interés social* y los derechos sociales, en el contexto de la búsqueda de la armonía social, para finalmente realizar una comparación crítica entre el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho y el modelo de Estado de Bienestar en Europa, indicando que ambos cuentan entre sus rasgos principales con la redistribución de los recursos y la búsqueda de la igualdad. El Estado Social, centrado en el interés público

colectivo y la igualdad de oportunidades, se encontraría en crisis precisamente por haber priorizado la defensa de los intereses sobre los derechos. Por ello, el Derecho asume un nuevo rol de *socialización* en este Estado Social, siendo así esencial la función de los derechos sociales.

Para completar la primera parte del libro, encontramos un cuarto trabajo en torno a “Los derechos sociales en una democracia deliberativa”, firmado por Horacio Javier Etchichury. En este artículo el autor aborda, en el marco de la teoría de Habermas, las argumentaciones que pueden sostener que los derechos sociales sean recogidos en el texto de una Constitución en una democracia deliberativa. La primera de ellas sería su utilidad para lograr la integración social; la segunda, su relación con la cobertura de las necesidades básicas de los seres humanos; y la tercera, el hecho de constituir los derechos sociales instrumentos para el disfrute de los derechos civiles y políticos. Sin embargo, como apunta Etchichury, cada una de estas tres alternativas presenta obstáculos. La fundamentación acerca de la integración social haría que, en palabras del autor, citando a Holmes y Sunstein, “los derechos sociales [fueran] una táctica para legitimar la riqueza frente a quienes están desprovistos de ella” (p.93). En cuanto a las necesidades básicas, lo complejo sería definir las con exactitud. Y en lo referido a la opción última, no parece apropiado, a ojos del autor ni de quien escribe, convertir los derechos sociales en mero apoyo instrumental para la consecución de los derechos civiles y políticos. Para concluir su trabajo, Etchichury expone la fundamentación más sólida para los derechos sociales, esto es, el modelo de Habermas, en el que éstos se desarrollan en un contexto de autonomía en una democracia deliberativa que promueva el principio de igualdad.

La segunda parte de este libro se centra en estudiar cómo el actual contexto de crisis del Estado Social afecta a la exigibilidad de los derechos sociales. El primer trabajo, a cargo de María José Fariñas Dulce y titulado “Ajustes neoliberales al constitucionalismo social”, analiza el proceso constituyente que viene imponiéndose en los países europeos en la historia reciente de la Unión Europea, y que reviste un carácter antisocial y antidemocrático. Mientras que la inclusión de los derechos sociales en los textos constitucionales logró ajustar el desequilibrio que trajo el excesivo liberalismo mediante la promoción de la solidaridad pública y la redistribución social, a partir de la década de los setenta se revierte esta tendencia, aumentando la precarización y dificultándose el ascenso social en favor de la estabilidad de las élites financieras y empresariales. La técnica utilizada a nivel jurídico en el contex-

to de la globalización es la *desregulación* (p.123), principal instrumento del *proceso ideológico de la globalización neoliberal*. Por ello, es preciso plantear un nuevo pacto global entre economía y sociedad, en el que, citando a Sousa Santos “la democracia debería desmercantilizarse y democratizarse”, y siguiendo a Žižek, en el que “sería necesario el esfuerzo colectivo consciente por gobernar la sociedad” (p.133), para así combatir las tendencias antieuropeístas y renovar la confianza en el Estado Social de Derecho.

El siguiente capítulo, de Ernesto Abril, titulado “Reivindicación de los derechos sociales. Una crítica a los presupuestos liberales”, continúa con la defensa de los derechos sociales desarmando los argumentos liberales en su contra. El autor comienza repasando las nociones de Estado y sociedad, para después analizar cómo funge el Derecho como organizador de la sociedad y el poder en el modelo liberal. Tras analizar los problemas teóricos que algunos autores encuentran en plantear los derechos sociales como derechos subjetivos, repasa el concepto de *derechos institucionales* ofrecido por Raz. Finalmente, Abril atiende a la posibilidad de observar ciertos objetivos sociales como *deberes*, en tanto que desde la óptica liberal estos se encuentran priorizados sobre los derechos, y así se promoverían valores como la solidaridad o la equidad. Concluye el autor su trabajo destacando que en la realidad latinoamericana los Estados siguen faltando a su deber de garantizar los derechos sociales, aún recogidos en sus Constituciones, aumentando por ende las desigualdades.

Continuando en este enfoque, Luis Lloredo Alix denuncia en “La crisis y el desmantelamiento del Estado de Derecho: de derechos a privilegios” que la crisis que atraviesa Europa es esencialmente ideológica, además de económica, en tanto que se pretende transformar toda una concepción del rol de las personas en el sistema así como del carácter de los derechos y su exigibilidad. A través de una figura muy visual, plantea que los derechos serían *prótesis* de los seres humanos, y que por tanto los sentimos como naturales y nuestros. De acuerdo con su análisis, los derechos no podrían ser recortados en función del contexto social y económico, respondiendo esto precisamente a los intereses de cierta ideología totalmente consciente que busca el progresivo desmantelamiento de los derechos. Para el autor, la solución pasaría por superar la clásica discusión que enfrenta libertad con igualdad, o derechos civiles con sociales. En definitiva, reclama que la Política se mantenga unida a lo social, y, en sus propias palabras, sería necesario “reivindicar una politización de lo jurídico y de los derechos, y una socialización de la mal llamada

política institucional" (p.171), lográndose que el Derecho sea un instrumento accesible, inscrito en el espacio común.

El siguiente texto aborda otro fenómeno íntimamente relacionado con la crisis del Estado Social de Derecho y los derechos sociales, como es la pobreza. Así, Claudio E. Guiñazú describe en "Abordajes jurídicos de la(s) pobreza(s)" las principales visiones de la pobreza en el entorno jurídico actual. En primer lugar, el autor señala acertadamente que nos encontramos en un contexto de pobreza que ha de calificarse de *escándalo moral*, y como tal, genera una incomodidad que dirige a muchos a actuar con plena indiferencia. Las dos visiones mayoritarias de la pobreza serían pues, aquella que entiende la pobreza como un "flagelo natural", que se conformaría con reducir sus consecuencias negativas, y la que la posiciona como producto de la injusticia social, que trataría de combatir sus causas estructurales. Una y otra perspectiva arrojan diferentes escenarios para las personas pobres, les dotan de distintos derechos y suponen diversas responsabilidades a nivel político. El autor vincula estas concepciones con los derechos sociales a través de la relación entre el sistema de mercado y los derechos humanos, y matiza dos cuestiones. Una, que existen diferentes *pobrezas* en función de los diversos contextos, y, otra, que la pobreza es un estado del sujeto, o, en palabras de Ribotta, la expresión correcta sería que *se está pobre o empobrecido*, en lugar de *se es pobre*, además de "tratarse de una condición ajena a la voluntad y elección de la persona y [...] a la responsabilidad directa de las personas pobres, al menos en la intencionalidad concreta de encontrarse en la situación de pobreza" (p.193). Concluye señalando que la segunda visión, la pobreza como injusticia social y fenómeno multidimensional, es la que convierte a los pobres en titulares reales o sujetos verdaderos de derechos.

El último texto de la segunda parte, se titula "Desmercantilización y derechos sociales. Una lectura sobre las mercancías ficticias en Karl Polanyi", y lo firma Nora Britos. La autora se apoya en la obra del filósofo austriaco Karl Polanyi para debatir dónde sitúa el Estado el factor trabajo en el mercado, planteando precisamente la importancia de su desmercantilización en relación con los derechos sociales, y enfocando la temática en el contexto latinoamericano. Inicia explicando el *doble movimiento* de Polanyi, o cómo la sociedad se protege ante el avance del proceso de liberalización, y la necesidad de la desmercantilización de las *mercancías ficticias*, en particular del trabajo, por su vínculo íntimo con el ser humano. Analiza posteriormente el estado de la cuestión en América Latina a partir de la evaluación de las fuentes de

ingresos de las personas y la provisión de bienes y servicios públicos. Britos concluye con cierto optimismo enumerando algunos ámbitos sociales que se han *desmercantilizado* en América Latina, como el derecho al agua o a la educación pública.

En la tercera parte de este libro, y tras presentarse con claridad los principales problemas conceptuales de los derechos sociales, y contextualizarlos en la complejidad de la actual crisis del Estado Social de Derecho, se exponen algunas consideraciones con respecto de sus garantías jurídicas. Para ello, en el primer capítulo Magdalena Inés Álvarez presenta “El principio de la igualdad y la prohibición de discriminar. Proyección sobre las relaciones privadas”, escrito que, adaptándose a las particularidades del escenario argentino, analiza cómo interviene el principio de igualdad y no discriminación en las relaciones privadas. Para ello, se aproxima al concepto de eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la relaciones entre particulares, siendo originalmente una protección mínima que a partir de la Segunda Guerra Mundial se amplió y provocó que el Tribunal Constitucional alemán extendiera la efectividad de los derechos fundamentales a las relaciones inter privadas (doctrina del *Drittwirkung der Grundrechte*), aunque tan solo de forma indirecta, como explica la autora a la luz del caso *Lüth* en 1958 (p.217). En el contexto argentino se desarrolla esta misma cuestión paralelamente, también con una sentencia de 1958, la del caso *Kot*, aunque con matices. A continuación, y en lo que al Sistema Interamericano de Derechos Humanos se refiere, Álvarez expone que aunque no contaría con disposiciones alusivas a la efectividad de los derechos fundamentales en relaciones inter privadas, esta se estaría implementando a través de las actuaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pasando a estudiar las posturas en cuanto al principio de igualdad y no discriminación en las relaciones entre particulares, este habría sido reforzado con la reforma constitucional de 1994 en el caso del ordenamiento jurídico argentino, dotando de validez constitucional a varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos, y siendo progresivamente evidente su aplicación especialmente en materias laborales. Concluye Álvarez detallando cómo la Corte Suprema argentina ha emitido una serie de reglas, a raíz de diversos casos de despido discriminatorio, de cara a facilitar la interpretación del principio de igualdad y no discriminación, apuntando acertadamente que su aplicación debería traspasar el entorno laboral y extenderse a todos los ámbitos.

Esta parte del libro continúa con “Una reflexión sobre las formas de garantizar los derechos sociales en el siglo XXI”, texto de José Luis Rey Pérez. El autor reflexiona acerca del proceso de desmantelamiento del Estado de Bienestar y los Estados Sociales. Apunta que dentro del Estado de Bienestar, y a causa de su inspiración liberal, los derechos sociales siempre quedan supeditados a los derechos civiles y políticos, y además la provisión de bienes y servicios públicos por parte del Estado provoca tensiones con el mercado. Cabe recordar que la externalización de lo público en absoluto tiene por qué implicar una reducción de los costes, mientras que sí amenaza la calidad de los mismos y por tanto la garantía de los derechos sociales (que deberá seguir los criterios de igualdad, máxima calidad y aprovechamiento de los recursos). Rey Pérez analiza a continuación aspectos de las garantías sociales en términos de su incondicionalidad, espíritu universalista o selectivista, o la adjudicación individualista o familiarista. Señala la adecuación de combinar la selectividad a la hora de detectar las fuentes de riqueza y especulación (ingresos), con el universalismo en la distribución de las ayudas (gastos). Destaca que los modelos con fiscalidad individualizada y que facilitan los cuidados y la distribución de tareas, son los que ofrecen mejores resultados en cuanto a tasas de natalidad, inserción laboral de la mujer y pobreza infantil, como sería el caso de Suecia. Rey Pérez manifiesta cómo la compleja relación entre los actuales Estado de Bienestar y el mercado de trabajo no promueve más que condiciones de precariedad y desigualdad, y propone una serie de soluciones que pasan por extender la incondicionalidad y universalidad de las garantías sociales, abordar una reforma fiscal que impulse la progresividad, el reparto adecuado del empleo, la cobertura de necesidades básicas fuera del mercado, y, en definitiva, plantear un Estado de Bienestar sostenible que promueva la justicia social.

A continuación, siguiendo en la temática de la garantía de los derechos sociales, Ivana Piccardo trae a colación un texto reciente de uno de los teóricos más destacados en el garantismo jurídico, Luigi Ferrajoli. La autora firma el escrito titulado “Los derechos sociales a la luz del “constitucionalismo garantista” de Luigi Ferrajoli”, en el que compara dos modelos antagónicos de constitucionalismo en relación con el carácter de los derechos sociales, el que aplica un planteamiento garantista y el que promueve una aproximación principialista, a la luz del texto de Ferrajoli “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista” (p.275). En el primero de ellos los derechos fundamentales son reglas, con una normatividad fuerte; en el segundo,

estos ofrecen una normatividad más débil que se prestaría más a la ponderación legal y judicial. Piccardo analiza posteriormente qué derechos entrarían en el *acuerdo colectivo fundamental* del Estado Constitucional de Derecho, y detalla cómo aborda Ferrajoli el *constitucionalismo normativo o garantista*, que sería “un nuevo paradigma del derecho positivo y la base empírica de una nueva teoría del derecho y de la democracia” (p.279). Por último, expone cómo se observa en la sede judicial la tensión entre las prácticas de subsunción o ponderación y estudia el rol del juez en relación con la vigencia de los derechos sociales. Termina lanzando la interesante cuestión de cómo habría de ser guiada la actividad judicial en el constitucionalismo garantista que promueve Ferrajoli.

La última parte del libro, expone el análisis de algunos derechos sociales en particular. Cabría cuestionarse el criterio, más que para seleccionar estos ejemplos, para descartar otros derechos que hoy día se encuentran, por desgracia, muy vapuleados. Así, a mi modo de ver, los derechos a la educación o al trabajo, por ejemplo, serían igualmente merecedores de toda la atención académica por ser derechos sociales que atienden cuestiones básicas para el bienestar en la sociedad.

En cuanto a los derechos seleccionados, el primer capítulo aborda “Los desafíos del derecho a la salud: justicia social y condicionantes sociales de la salud”, firmado por Carlos Lema Añón. El autor expone cómo uno de los rasgos característicos del Estado Social es el establecimiento de un sistema de salud público sólido, junto con la extensión de la garantía del derecho a la salud. A continuación explica la influencia de las condiciones de vida de las personas y la relación con el entorno natural sobre su salud. Lema entra a analizar, además de la interesante noción de la *salud global* de Berlinger, cómo la evolución del derecho a la salud no puede aislarse del desarrollo de otros derechos, como los relativos al entorno laboral o la pobreza. Apunta el claro vínculo entre la salud, la justicia social y los derechos humanos, explicando que, aunque la extensión de la asistencia médica tiene un potente efecto nivelador en la sociedad, debe acompañarse de otros derechos humanos como son la alimentación, la vivienda o la educación. Continúa argumentando que “la desigualdad es el principal problema de salud pública y que la injusticia social es mala para la salud” (p.300), y llama la atención sobre la correlación entre las carencias de salud y la desigualdad social, más allá del vínculo evidente con la pobreza. Y es que los países que mejores datos ofrecen en términos de salud son aquellos más igualitarios. Lema concluye su

interesante análisis con algunas matizaciones sobre las inequidades injustas en materia de salud.

El siguiente texto de este trabajo está a cargo de Hugo Omar Seleme, que presenta “Derecho de propiedad y distribución de la riqueza”, volviendo a poner el foco de atención sobre el contexto latinoamericano, y sobre el panorama desigualitario que impera y que empieza a calar en el discurso político. El autor introduce la discusión en Argentina en torno al diseño de las políticas sociales. En tanto que, a su modo de ver, la cuestión no es tanto qué nivel de desigualdad es tolerable, sino qué concepción de propiedad privada es defendible, presenta un análisis del origen filosófico-jurídico del derecho a la propiedad. Así, revisa los postulados de Locke, para quien la posesión es moralmente correcta y anterior a las instituciones estatales, creadas para la protección de la propiedad; y Kant, para quien tanto propietarios como no propietarios tienen que beneficiarse para que la situación esté justificada. El aporte de Rawls, siguiendo esta tradición, es que el esquema institucional habrá de propiciar que todos los afectados se encuentren en mejor posición que en un escenario totalmente igualitario. Seleme arroja luz sobre la oposición entre los autores igualitaristas y libertarios, y concluye que, bajo la concepción lockeana se encuentran tanto libertarios como igualitaristas moderados (postura que políticamente aporta poco en la lucha contra la desigualdad y la pobreza), mientras que bajo influencia kantiana y rawlsiana se hallan los igualitaristas puros, que priman la consecución de la equidad por encima de un derecho a la propiedad injusto.

A continuación, Ana Manero Salvador expone en “El derecho a la vivienda desde la perspectiva del derecho internacional: análisis del caso español” las principales herramientas jurídicas a nivel internacional que sostienen el derecho a la vivienda. Así, revisa el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Informes del Relator Especial sobre vivienda adecuada de Naciones Unidas, o la Carta Social Europea, cuyas exigencias han sido incumplidas repetidamente por España. Presta especial atención al tratamiento jurídico que reciben los desalojos forzosos, que suponen la privación total del derecho a la vivienda, con dramáticas consecuencias especialmente cuando se producen durante conflictos armados. Manero señala cómo, a pesar de que el malestar social ha crecido en relación con el derecho a la vivienda, aún no ha tenido una repercusión clara sobre las políticas públicas de los gobiernos.

El siguiente texto de la cuarta parte del libro desarrolla un tema de amplio calado social como es la violencia de género. En “Violencia estructural contra

la mujer. Análisis de la ley española contra la violencia de género y su aplicación práctica”, María Eugenia Rodríguez Palop expone sólidos argumentos para establecer que la violencia de género ha de ser entendida desde su condición de violencia estructural, a la par misógina y sexista, e íntimamente ligada a la tradición patriarcal. La autora analiza los avances que supuso la aprobación de la ley española contra la violencia de género, señalando igualmente que su formulación queda demasiado centrada en la discriminación en lugar de apuntar más hacia la opresión y dominación sistémica. No ayudan en la lucha contra esta violencia estructural aquellos que alimentan mitos aún muy arraigados o nuevos, ni los que impulsan las *reacciones patriarcales* en un contexto de postmachismo (pp.369-370). Posteriormente la autora analiza en qué aspectos ha fallado la implementación de la ley, en tanto que las mujeres aún no han logrado el pleno disfrute de los derechos que este instrumento jurídico les brinda, que son múltiples. Esto se debería a diversos factores, como la normalización de la conflictividad en las relaciones; la culpa, vergüenza y soledad que afrontan las mujeres maltratadas; los recortes en los programas de asistencia; la falta de concienciación, o la deficiente persecución de los delitos. Rodríguez Palop concluye su texto con una afirmación certera: “cada vez se denuncia menos, y [...] cuando se denuncia, en la práctica, ni las víctimas, ni sus hijos reciben suficiente protección”. (p.382).

A continuación, la atención se centra en la situación de los derechos sociales en Argentina, con el texto de Rubén D. Caro “Algunas reflexiones sobre los derechos sociales en Argentina. El caso de la asignación universal por hijo”. El autor explica cómo, aunque en Argentina tradicionalmente era precisa la inserción en el mercado laboral para el acceso a la prestaciones sociales, el actual contexto de desempleo e informalidad en la economía han forzado un cambio hacia un esquema articulado en torno a la familia. Así, la Asignación Universal por Hijo para Protección Social es una prestación no contributiva que ha logrado incluir a un amplio colectivo ignorado, los trabajadores desempleados o en situación informal. El autor destaca los datos positivos que ha conseguido la medida, su enfoque de derechos, y la eliminación de la separación entre las medidas dirigidas a los trabajadores o a los pobres.

Esta cuarta parte y este libro concluyen con un escrito de Óscar Celador Angón que lleva por título “Los derechos sociales en el modelo español de acuerdos internacionales con la Santa Sede”, en el que el autor argumenta consistentemente cómo, en su visión, el principio de bilateralidad que rige la

relación entre el Estado y las distintas confesiones religiosas ha entorpecido el proceso tendente a la laicidad, en tanto que les permiten una posición privilegiada. El autor analiza la naturaleza jurídica de estos Acuerdos, y cómo esta situación afecta a la garantía de algunos derechos sociales por contravenir derechos fundamentales. Celador Angón estudia las abundantes dificultades que presentan los Acuerdos que en 1979 firmó el Estado español con la Iglesia Católica, atendiendo a cuestiones económicas, de educación y cultura, jurídicas, y sobre la asistencia religiosa en la Fuerzas Armadas. Señala en unas concretas consideraciones finales los asuntos que revisten mayor relevancia, como la financiación estatal de la Iglesia Católica y la enseñanza pública de esta confesión de forma voluntaria, a la par que innecesaria; y los evidentes problemas de inconstitucionalidad que presentan los desarrollos legislativos consiguientes a los Acuerdos en lo relativo a la laicidad del Estado, principalmente.

A modo de conclusión de este escrito, me permito recomendar ampliamente la lectura de esta obra de referencia, que ofrece una completa visión sobre el estado actual de los derechos sociales y su exigibilidad, con multitud de aproximaciones jurídicas y filosóficas, y perfectamente contextualizada en el actual escenario de crisis y desmantelamiento del Estado Social de Derecho.

BEGOÑA CABEZA MARTÍNEZ
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: bego.cabeza@gmail.com

NOTICIAS

Seminario “La Storicità del Diritto. Esistenza materiale. Filosofia. Ermeneutica”, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata, 2 y 3 de febrero de 2016

La storicità del diritto ha sido el tema de las dos jornadas de estudio desarrolladas en la Università di Macerata el 2 y el 3 de febrero de 2016. Colegas de las Universidades de Pisa, Nápoles, Bolonia, Roma, Catanzaro, Teramo, Ferrara, Milán, Trieste y, este año, también de la Universidad Carlos III de Madrid, han discutido sobre esta dimensión de lo jurídico, valorándola esencial, como para poder considerarla una directriz permanente en las investigaciones sobre el Derecho y el planteamiento básico de todas las Escuelas filosófico jurídicas del 900, aunque entre ellas sean diversas en las líneas de profundización y en los resultados. El Profesor Francisco Javier Ansuátegui Roig ha pronunciado la conferencia inaugural del Seminario, con el título “*Storia e pluralità nella comprensione moderna del Diritto*”,

Las *giornate di studio maceratesi* son ya una tradición, al menos para los colegas gracias a los cuales son una realidad. Una cita a la cual no faltan y que tuvo su origen en el Congreso Nacional de Filosofía del Derecho de Turín en 2008. En aquella ocasión, junto a Giovanni Marino, Francesco Riccobono y Eugenio Ripepe, respectivamente de las Universidades de Nápoles y de Pisa, proyectamos organizar en Macerata dos jornadas de estudio sobre la relación entre *derecho e interpretación*. Nos parecía un tema interesante, por otra parte de una importancia no pasajera para el derecho, la filosofía, la existencia material y el cambio histórico de lo social. Veíamos sobre todo, en las jornadas de estudio que estábamos organizando, la posibilidad de reforzar un intercambio entre estudiosos que, en lo que se refiere a sus investigaciones, tenían los mismos intereses científicos, si bien partiendo de perspectivas diversas; entre ellos estaban unidos por una idea común de la investigación y también de la Universidad; por su parte, y en la medida de lo posible, deseaban que un encuentro científico sobre temas relevantes para el derecho adquiriera la mayor, de manera realista, continuidad en el tiempo. Además, la idea de *giornate di studio* nos parecía la más adecuada para crear posibilidades de debate y de conocimiento entre los estudiosos más jóvenes, a los

cuales se reservaba un espacio específico. Las jornadas, además, tendrían en particular un marcado carácter informal, de manera tal de garantizar de la mejor manera la dinámica del encuentro entre ideas incluso sólo esbozadas, o de investigaciones en fase de desarrollo.

Sobre estas premisas, inesperadamente, si bien según lo deseado por nosotros, se ha iniciado la tradición de las *giornate di studio maceratesi*. Y ello gracias al hecho de que los colegas de las Universidades de Bolonia, Catanzaro y Teramo, luego de Cosenza, Ferrara y Milán, se han sumado rápidamente al proyecto ideado por nosotros en Turín, participando activamente y con continuidad. Todos, cada año, aunque sea sólo por dos días, nos reencontramos en Macerata, en la Sala de la Antigua Biblioteca de la Facultad de Derecho, normalmente en el mes de febrero. A *Diritto, interessi, ermeneutica* han seguido *Costituzione, morale e diritto; Cambiare la Costituzione?; Il custode della Costituzione; Il futuro della democrazia; La laicità dello Stato; Bioetica e nuove frontiere del diritto*.

El tema de este año no ha traicionado las expectativas, poniendo de relieve una específica originalidad. Todas las intervenciones, de hecho, han llamado la atención, una y otra vez, sobre los Maestros de nuestra disciplina, como también algunos de las materias positivas, como perspectiva privilegiada para comprender la historicidad del derecho y proyectar investigaciones adecuadas sobre ella. *Repensar nuestros Maestros*: esto es lo que ha dado unidad al Seminario, enriqueciéndolo de una manera no programada y no prevista.

Por esta su especificidad, de la misma manera que ha pasado con otros temas, «*La storicità del diritto. Esistenza materiale, filosofia, ermeneutica*» será el título de un libro. No se recogerán las Actas del Seminario. Sobre todo, las contribuciones presentadas a Macerata serán reelaboradas por cada autor de manera que tengan la forma y estructura propias de la producción científica. El objetivo es el de un trabajo monográfico a varias manos, construido en torno al tema objeto de las jornadas. Al igual que ha ocurrido con *Diritto, interessi, ermeneutica* e per *Costituzione, morale, diritto*.

ADRIANO BALLARINI

II Observatorio Internacional de Derechos Humanos
“Derechos de las personas migrantes, derechos reproductivos
y LGBTI y el derecho a la conformación de partidos políticos.
Diálogo jurisprudencial entre América y Europa”
I Jornada (Madrid, 7 y 8 marzo 2016)

Los días 7 y 8 de marzo de 2016 tuvo lugar, en la Universidad Carlos III de Madrid (Campus Getafe), la I Jornada del II Observatorio Internacional de Derechos Humanos (OIDH) organizada por la Academia Interamericana de Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Coahuila (Academia IDH) y el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

El OidH es un proyecto que la Academia IDH, en colaboración con la Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad de Siena, ha ido desarrollando a partir del 2015 y pretende ser un espacio de deliberación académica entre expertos internacionales. Su objeto reside en la discusión de los casos líderes que se identifican en los principales sistemas de protección de los derechos humanos.

En efecto, las perspectivas internacionales, regionales y nacionales que los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos han constituido sobre todo en América, Europa y África, constituyen los principales bancos de información que plantean, a partir de casos concretos, las preguntas más relevantes para discutir el significado actual del contenido, límites y garantías de los derechos fundamentales. Los casos sobre derechos humanos sintetizan pues las razones de los acuerdos y desacuerdos que se producen en las polémicas contemporáneas de los derechos fundamentales. Por ende, el estudio de casos líderes es el punto de partida para cualquier observador interesado en conocer e investigar las problemáticas jurídicas del siglo XXI. Los casos relevantes de la justicia de los derechos humanos constituyen, en suma, un imperativo necesario y útil para tratar de reflexionar en serio los derechos que garantizan la libertad, igualdad y fraternidad del *demos*.

La idea originaria del OidH consiste en crear una red de investigadores internacionales que observen, desde la perspectiva judicial, los casos más relevantes en materia de derechos humanos a través de una metodología de trabajo que radica en examinar el caso a partir de sus contextos, hechos, normas y valores, para luego identificar, sistematizar y analizar de manera temática los diferentes precedentes como objeto de estudio. Desde el 2015, la Academia IDH pretende organizar, entre otras actividades, seminarios inter-

nacionales, que sean puntos de encuentro entre expertos llamados a analizar de manera crítica los *casos líderes*.

El OIDH, por tanto, aspira a ser la «ágora contemporánea» que reúna a destacados expertos del mundo para discutir los problemas actuales de los derechos fundamentales. Este espacio de diálogo que promueve la Academia IDH, por lo tanto, tiene por objeto ir perfilando la agenda de temas, problemas y soluciones que sintetizan las polémicas centrales de los derechos. El OidH pretende convertirse, ante todo, en una buena práctica de hacer academia en donde una red de académicos participamos y colaboramos en la investigación y difusión de los *casos líderes* para conocer, evaluar y cuestionar el trabajo de las instituciones nacionales, regionales e internacionales de derechos humanos.

En el marco de este proyecto, la I Jornada del II OIDH ha representado la ocasión para ponentes españoles, mexicanos e italianos de analizar y discutir casos relevantes de la jurisprudencia interamericana y europea. La discusión se ha articulado en torno a los siguientes ejes temáticos: los derechos de las personas migrantes, el derecho a la conformación de los partidos políticos, los derechos reproductivos. Las actividades desarrolladas fueron transmitidas en *streaming* en el Canal Youtube de la Universidad Carlos III de Madrid y las investigaciones se publicarán en la Colección “Estudios de Derecho Comparado” del Centro de Estudios Constitucionales Comparados (CEDECOMP) de la Academia IDH, edita por Tirant Lo Blanch.

LUIS EFRÉN RÍOS VEGA-IRENE SPIGNO

**XVIII Semana de la AEEFP: desafíos públicos.
Congreso Internacional de la Asociación de Ética y Filosofía política,
Universidad de Córdoba, 13-15 de enero 2016**

Entre los días 13 y 15 de enero pasado, se celebró en la Universidad de Córdoba, la XVIII Semana de la Asociación Española de Ética y Filosofía política, donde se realizaron un buen número de actividades con gran asistencia de profesores y estudiantes. La conferencia Inaugural Plenaria corrió a cargo de Amelia Valcárcel, Catedrática de Ética de la UNED y se tituló “Agenda ético-política para un tiempo en común”. Hubieron dos conferencias plenarias a cargo de Veronique Muñoz-Darde (University College Londres- Universidad de Berkeley), titulada “The Priest, the Liberal and the Harlot: Liberalism and Sexual Desire” y, la segunda, a cargo de Vittorio Bufacchi (University College Cork), con el título “La idea de injusticia social”. La conferencia de clausura corrió a cargo de Michael Freedon (Universidad de Nottingham Mansfield College Oxford) y llevaba por título “Political Philosophy and Ideology: An Awkward or Complementary Relationship?”

Además de las actividades plenarias, se realizaron 22 mesas temáticas donde se destacan la variedad de intereses y enfoques, se abordaron algunos temas clásicos y otras cuestiones que empiezan a aparecer en la agenda. De esta forma, se presentaron comunicaciones, en el marco de las distintas mesas, sobre, entre otros temas, emociones políticas, historia de las ideas, ecología, educación, justicia transnacional, el mal y la barbarie, utilitarismo, neuroética, ética de los animales, democracia, feminismo, liberalismo, ciudadanía, bioética o la mercantilización de los cuerpos.

Hubo una mesa temática sobre “Virtudes cívicas, democracia y participación” donde destacaron la cantidad y calidad de las comunicaciones presentadas, lo cual pone de relieve como el interés por las cuestiones de la calidad de las democracias está en un momento clave y como la ética de las virtudes es un enfoque con renovado interés académico.

El Comité Organizador compuesto por Rafael Cejudo e Isabel Balza puede sentirse satisfechos por el esfuerzo organizativo y por el resultado. Este Congreso ha sido un buen foro académico, donde se han mostrado diversas líneas de investigación y algunas nuevas tendencias, con las que convendrá actualizarse.

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE

PARTICIPANTES EN ESTE NÚMERO

THOMAS CASADEI

Es *Professore Associato* de Filosofía del Derecho en el Dipartimento di Giurisprudenza de la Università di Modena e Reggio Emilia, donde enseña también Teoría y Práctica de los derechos humanos.

Autor de tres monografías, *Tra ponti e rivoluzioni. Diritti, costituzioni, cittadinanza in Thomas Paine* (2012), *Il sovversivismo dell'immanenza. Diritto, morale, politica in Michael Walzer* (2012), *I diritti sociali: un percorso filosofico-giuridico* (2012), ha publicado también numerosos artículos sobre cuestiones de discriminación, racismo, nuevas esclavitudes, iusfeminismo, así como sobre el pensamiento y la obra de Montesquieu, Mill, Arendt, Dewey, Bobbio.

Es miembro del comité de redacción de la "Rivista di Filosofia del diritto" y de "Filosofia politica", forma parte del comité científico de "Governare la paura - Journal of interdisciplinary studies" y del comité de dirección de "Cosmopolis".

Desde 2001 coordina el "Seminario permanente di Teoria del diritto e Filosofia pratica".

GIOVANNI BISOGNI

Es *Professore Associato* de Filosofía del Derecho en la Universidad de Salerno, en donde enseña Teoría del Derecho y de la Argumentación como también Teoría de la Interpretación. En la misma Universidad forma parte del colegio docente del Programa de Doctorado en Ciencias jurídicas. Es miembro del Comité Editorial de la revista "Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política" y de la "Rivista di filosofia del diritto". Entre sus publicaciones se encuentran los libros *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato. Saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt* (2005) y, más recientemente, *Teoria giuridica e giustizia costituzionale in Italia. Un profilo storico-filosofico* (2012), así como numerosos ensayos, como "Jurisdicción moderna" (2010), "Kelsen e l'interpretazione giuridica: una prospettiva storico-concettuale" (2012), "¿Cómo argumentar la dignidad?" (2013), "Los orígenes teóricos del juicio de constitucionalidad de las leyes en Italia" (2014), "¿Hasta qué punto cuentan los jueces? H.L.A. Hart y la regla de adjudicación" (2015).

SILVIA ZULLO

Es investigadora de Filosofía del Derecho y Bioética en CIRSIFID, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia. Se ocupa principalmente de la investigación de las cuestiones normativas relacionadas con los derechos sociales, así como la teoría de la justicia social, la ética y la regulación de las tecnologías biomédicas, y la relación entre los derechos y las nuevas tecnologías. En estas áreas se ha publicado diversos ensayos y monografías. Ha participado en proyectos de investigación nacionales e internacionales, y ha sido profesora visitante en la Cátedra UNESCO de Bioética y el Observatorio de Bioética y Derecho de la

Universitat de Barcelona. Es miembro de la Sociedad Italiana para la Filosofía del Derecho (SIFD) y también está en la red de investigación “European COST Action IS1303 Citizen’s Health Through Public-Private Initiatives: Public Health, Market and Ethical Perspectives.”

M^a DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS

Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, sus líneas prioritarias de investigación han estado en buena medida relacionadas con los problemas que los derechos humanos plantean desde la Filosofía del Derecho. En torno a ello ha girado una buena parte de su docencia y de su investigación. En los últimos años se ha interesado especialmente por la igualdad y no discriminación de las personas en situación de vulnerabilidad.

JORDI BONET PÉREZ

Es Catedrático de Derecho internacional público de la Universitat de Barcelona y coordinador del Grupo de Investigación Consolidado de la Generalitat de Catalunya *Àrea de Derecho internacional público y Relaciones internacionales* (2014SGR-1151). Sus principales líneas de investigación y publicaciones se relacionan con el estudio del Derecho internacional de los derechos humanos y el Régimen jurídico internacional del trabajo. Además de artículos y capítulos de libro, es destacable su monografía sobre *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo: la Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal* (2007), así como su aportación como autor y coeditor, junto al Dr. Jaume Saura Estapà, a la obra colectiva *El Derecho internacional de los derechos humanos en períodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad* (2013). Ha sido miembro de la Junta del Instituto de Derechos Humanos de Cataluña y del Observatorio DESC.

OSCAR CELADOR ANGÓN

Es Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido profesor en la Universidad de León, y se ha formado en las Universidades de Berkeley (California, US), La Crosse (Wisconsin, US), Santa Barbara (Beca Fullbright, California, US) y Florencia (IT), ha colaborado como Research fellow con las Universidades de Glasgow (UK) y Queens (UK), y como Visiting Fellow en la Universidad de Notre Dame (Indiana, US).

Sus publicaciones se han centrado fundamentalmente en materias como, el derecho a la educación, la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra, la autonomía universitaria, y aspectos de la historia de los derechos humanos.

En la actualidad es Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado, Director del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho y Coordinador de los estudios de Máster en Asesoría Jurídica de Empresas.

RAMÓN RUIZ RUIZ

Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Jaén. Investigador visitante en las Universidades de Oxford, Harvard, York, L.S.E., Roma-La Sapienza, Cardozo School of Law, Paris X-Nanterre, Roma-Sapienza y Carlos III de Madrid. Sus principales líneas de investigación son el republicanismo cívico y la discrecionalidad judicial, especialmente en relación a la justicia constitucional, temas sobre los que ha publicado medio centenar de trabajos. Es director de la revista internacional “The Age of Human Rights Journal”.

SILVINA RIBOTTA

Es Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid y Licenciada en Derecho y Licenciada en Trabajo Social por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Actualmente es Profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, Subdirectora del Master en Derechos Fundamentales y Co-Directora del Seminario de Teoría Crítica, ambos dentro del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid. Sus principales áreas de investigación son la Filosofía Política, Filosofía del Derecho, Derechos Humanos y Teoría Crítica.

JOSEFA DOLORES RUIZ RESA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Doctora en Derecho con premio extraordinario. Actividad investigadora en derechos humanos, participación y educación política, pensamiento jurídico-político y metodología de la ciencia jurídica, recogida en diversas publicaciones nacionales e internacionales. Autora de los libros "Trabajo y franquismo", "Los derechos de los trabajadores en el franquismo" y "Derecho y valores en las democracias constitucionales. Apuntes para una ética jurídica desde la libertad, la igualdad y la fraternidad"; editora de los libros "John Stuart Mill y la democracia del siglo XXI", y "Política, economía y método en la investigación y aprendizaje del derecho"; y coeditora del libro "Utilitarismo y constitucionalismo: la ocasión de 1812".

INSTRUCCIONES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN DERECHOS Y LIBERTADES

Instrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la **Norma AENOR UNE 50-133-94** (equivalente a **ISO 215:1986**) sobre **Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie** y la **Norma AENOR UNE 50-104-94** (equivalente a **ISO 690:1987**) sobre **Referencias bibliográficas**.

La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 30 folios a espacio 1,5 aprox. y 10 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras y unas palabras clave (máximo cinco).

Los originales serán sometidos a **informes externos anónimos** que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Derechos y Libertades no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derechos y Libertades comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derechos y Libertades. Los originales no serán devueltos a sus autores.

Se deben entregar en **soporte informático PC Word** a las direcciones electrónicas de la Revista (**fc-javier.ansategui@uc3m.es**; **derechosylibertades@uc3m.es**). Para facilitar el **anonimato** en el informe externo, se deberá incluir una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo y otra copia donde existan estas referencias. En un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas. Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista y 20 separatas.

Derechos y Libertades establece el uso de las siguientes **reglas de cita** como condición para la aceptación de los trabajos:

Libros: E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Trabajos incluidos en volúmenes colectivos: G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A. García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semantica della teoria del diritto" en U. SCARPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Artículos contenidos en publicaciones periódicas: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm. 1, 1981, pp. 2-28.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión cit. Como por ejemplo: M. WEBER, "La política como vocación", en Id., *El político y el científico*, cit.

INSTRUCTIONS FOR PUBLISHING ARTICLES IN DERECHOS Y LIBERTADES

Instructions for authors established following the norm AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about *Presentation of articles in periodic and serial publications* and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about *Bibliographic references*.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1,5, is 30 pages aprox. Books reviews maximum length should be 10 pages with 1,5 space. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 150 words and some keywords (max. 5) both in Spanish and English.

Originals will be submitted to an anonymous and external referee that could : a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. Derechos y Libertades will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derechos y Libertades as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while the time it is under Derechos y Libertades consideration for publishing. Originals will not be returned to their authors.

Articles should be submitted in Pc Word format to the Journal's e-mails (fcojavier.ansuategui@uc3m.es; derechosylibertades@uc3m.es). For facilitating the anonymity of the external referee, in one file author's details should be omitted. In a separated file, It should be included these details: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

Authors of the published articles will receive an issue of the review and twenty copies of their own article.

Originals should be submitted in Spanish.

Derechos y Libertades establish the use of the following reference's rules as a condition for accepting the articles:

Books: E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Articles included in collective works: G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A.García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derecho del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semantica della teoria del diritto" en U. SCAPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*. Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Articles included in periodic publications: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm. 1, 1981, pp. 2-28.

In order to avoiding the repetition of references is recommended the use of the expression cit.. As for instance, (M. WEBER, "La política como vocación", en Id., *El político y el científico*, cit.).

ADHESIÓN AL CÓDIGO COPE: BUENAS PRÁCTICAS EN EDICIÓN

Derechos y Libertades se adhiere a las directrices del EASE (European Association of Science Editors) y del COPE (Comitee on Publications Ethics) que pauta unas buenas prácticas para la gestión, edición, revisión y publicación de resultados científicos en revistas de diferentes áreas de conocimiento. Brevemente de acuerdo con lo allí establecido:

- A. Los autores se comprometen a remitir trabajos inéditos, que no hayan sido publicados anteriormente y que no se encuentren sometidos a evaluación por otras revistas mientras no se complete el proceso de evaluación por parte de esta revista. El envío de trabajos para su evaluación requiere omitir cualquier dato que pueda ser identificado por los revisores respecto a su autoría y de igual modo implica aceptar las normas de publicación, revisión y evaluación de la revista que se detallan a tal fin en cada número de la revista.
- B. Los revisores de los trabajos asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva sobre la calidad científica del texto dentro del ámbito de sus conocimientos y habilidades. Por ello, solo revisarán un trabajo si se siente competentes con la temática a revisar y si no existen conflictos de intereses.
- C. El Consejo de Redacción y los editores se comprometen a respetar la imparcialidad y mantener la confidencialidad de los trabajos enviados, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad de todo el proceso de evaluación. A tal fin garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas en la materia para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo. Asimismo en la medida de lo posible, evitarán todo tipo de conflictos de interés así como cumplir estrictamente con los tiempos de evaluación, edición y publicación que exige la periodicidad de la revista.

ADHESION TO THE COPE CODE: GOOD PRACTICE IN EDITION

Derechos y Libertades adheres to the guidelines of the EASE (European Association of Science Editors) and COPE (Comitee on Publications Ethics) that provide guidelines for the management, editing, revision and publication of scientific results in journals from different areas of knowledge. Briefly in accordance what's established therein:

- A. The authors agree to submit unpublished works not subjected to evaluation by other magazines while the evaluation process is completed by our journal. The submission of articles for evaluation requires the omission of any data regarding the authorship of the work that could be identified by the reviewers and implies, likewise, the acceptance of the rules of publication, review and evaluation of the journal detailed for this purpose in every issue of the Journal.
- B. Reviewers of articles are committed to make a critical, honest and constructive review about the scientific quality of the text within the scope of their knowledge and skills. Therefore, they will only review the work if they have the competence to do so and if there are no conflicts of interest.
- C. The Advisory Board and Editors commit to observe impartiality and to maintain the confidentiality of the submissions, authors and reviewers, so that anonymity preserves the integrity of the whole process of evaluation. For this purpose they shall ensure the selection of the most qualified reviewers and experts in the field to cast a critical and expert appraisal of work. Also, to the extent possible, they will avoid every conflicts of interests and they will comply rigidly with the due dates for evaluation, editing and publishing required for the periodicity of the Journal.

DERECHOS Y LIBERTADES

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Deseo suscribirme a “Derechos y Libertades” (Año 2016), dos números al año

Abonaré la cantidad de 36,00 € (IVA incluido) por la suscripción anual

Nombre y Apellidos _____

Institución _____

Dirección _____

CP _____ DNI/CIF _____

Población / Provincia _____

Teléfono _____ Fax _____

e-mail _____

Efectuaré el pago mediante domiciliación bancaria

(En caso de que no disponga de cuenta bancaria para hacer el pago, envíenos un e-mail a info@dykinson.com para buscar otra forma de pago)

Titular de la cuenta _____

Datos de la cuenta (IBAN incluido):

Firma (imprescindible)

Fecha:

Remitir a Dykinson, S.L. (C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid – Fax 915446040)

Los datos que nos facilite serán tratados con la máxima confidencialidad. Serán incorporados a nuestros ficheros a efectos de informarle sobre bibliografía, teniendo usted derecho a solicitar su consulta, actualización o anulación.

DERECHOS Y LIBERTADES
Periodicidad semestral (enero-junio)

SUSCRIPCIONES (envío incluido)

Suscripción formato papel

2 números 36,00 €

Número suelto 20,00 €

Suscripción on-line

2 números 35,00 €

Número suelto 19,00 €

Artículo suelto 6,00 €

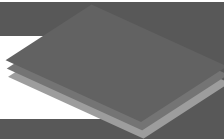


ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

- La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación *por Ara Pinilla, Ignacio*
- Razón y voluntad en el estado de derecho Un enfoque filosófico-jurídico *por Ansuátegui Roig, Francisco Javier*
- Reconstruir la ciudadanía *por Guichot Reina, Virginia*
- El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socioeconómico complejo *por González Ordovás, María José*
- Sobre discapacidad y derechos *por Asís Roig, Rafael de*
- El derecho y el poder. Realismo crítico y filosofía del derecho *por Díaz, Elías*
- Las víctimas del terrorismo en España *por Rodríguez Uribes, José Manuel*
- Democracia con motivos *por Jiménez Cano, Roberto M.*
- Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico *por Lloredo Alix, Luis M.*
- *Reconocimiento y protección de derechos emergentes en el sistema europeo de derechos humanos* *por Saura Estepà, Jaume (coord.)*
- *Jueces y leyes, entre el absolutismo y la codificación* *por Iglesias Garzón, Alberto*

CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN
www.dykinson.com

CUADERNOS
"BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS"



- Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas. Superposiciones entre las teorías de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y el feminismo en la reformulación de conceptos y estrategias político-jurídicas *por Monereo Atienza, Cristina*
- Una mirada a la robótica desde los derechos humanos *por Asís Roig, Rafael de*
- El papel (est)ético de la literatura en la conmemoración del holocausto *por Fernández Gil, María Jesús*
- La doctrina de la "guerra justa" en el pensamiento de John Rawls *por Garrán Martínez, José María*

Debates del Instituto Bartolomé de las Casas

- Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria *por Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (eds.)*
- La Laicidad *por Pele, Antonio*
- Ética y medicina *por Ramiro Avilés, Miguel Ángel*
- Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables *por Dorado Porras, Javier*
- VIH y accesibilidad en tiempos de crisis *por Ramiro Avilés, Miguel Ángel*

**CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN
www.dykinson.com**

