

## DERECHOS LIBERALES Y DERECHOS SOCIALES

**E**n la sintética y precisa caracterización que del Estado de Derecho proponía Elías Díaz en el primer capítulo de su libro pionero sobre el tema no faltaban -no podían faltar- ni la referencia a los derechos civiles y políticos clásicos, desde el derecho a la vida hasta los distintos derechos de libertad y seguridad, ni la inclusión de los «derechos económicos y sociales tendentes a una efectiva nivelación e igualdad socioeconómica (derecho al trabajo, seguridad social, huelga, etcétera)»<sup>1</sup>. El resto del libro puede ser visto, además, como una crítica del ensamblaje de los distintos tipos de derechos básicos en las realizaciones históricas del Estado de Derecho y, a la vez, como una propuesta de nueva relación entre ellos, sin abandonar la sustancia de ninguno, bajo la configuración ideal del Estado democrático de Derecho.

El tema de mi contribución a este homenaje, tan bien ganado como reaciamente recibido, continúa laborando en ese mismo terreno, si bien las distancias de tiempo -entre distintos momentos históricos y, con ello, también de edades (especialmente del espíritu, la de Elías siempre más joven que la de los que venimos detrás)- hayan dispuesto unos pocos materiales y modas conceptuales nuevos y, me temo, algunos más o menos leves cambios de acento ideológico. En todo caso, Elías sabrá encontrar aquí numerosos, e insospechados, motivos de encendida crítica con la que animar, entre otros momentos, los huecos entre clase y clase.

### **1. Derechos civiles, políticos y sociales**

La clásica distinción entre derechos civiles, políticos y sociales, atribuida a Theodor H. Marshall, está lejos de ser clara en sus contornos

---

<sup>1</sup> *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966), 4ª. ed. rev., Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1972, pág. 41.

y límites. Comienza por ser difusa la distinción entre las dos primeras categorías, los civiles y los políticos, no en vano con una raíz etimológica común<sup>2</sup>, por más que alguna luz se haga si se atribuyen al hombre en cuanto tal, como derechos civiles, los derechos a la igualdad jurídica, a la vida, a la libertad de conciencia, a la libertad de movimiento, al honor, etc., mientras se refieren al ciudadano, como derechos políticos, los de sufragio, de asociación, reunión y manifestación y de libertad de expresión<sup>3</sup>. Aquí me va a interesar sobre todo, sin embargo, la relación entre las dos anteriores tomadas en conjunto y la tercera categoría, la de los derechos sociales, que también carece de perfiles del todo nítidos, como se irá viendo a lo largo de estas páginas, y no sólo hacia fuera -respecto de los derechos civiles y políticos- sino también hacia dentro, entre los llamados derechos económicos, sociales y culturales. Ello es cierto, además, tanto si se adopta una caracterización más estricta de los derechos sociales, que los reduzca a los clásicos de sindicación, huelga y seguridad frente a contingencias laborales, de salud y familiares, como si -según se entenderán de aquí en adelante- se extiende su ámbito hasta comprender algunos de los llamados derechos de la tercera (o cuarta) generación<sup>4</sup>, como el derecho a una vivienda digna, los de los niños, los ancianos o los discapacitados o, incluso, el derecho a un medio ambiente limpio.

Dentro de las anteriores distinciones, la familiar contraposición entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos sociales, económicos y culturales, por otro -que viene a corresponder a grandes

---

<sup>2</sup> Exagerando esta idea, Giovanni Sartori ha llegado a afirmar: «la distinción entre derechos civiles y políticos se me escapa, quizá porque no logro olvidar que *civis* es el equivalente latino de *polites*» (*La democracia después del comunismo*, [1993], trad. cast. de María Luz Morán, Madrid, Alianza, 1993, pág. 120, nota).

<sup>3</sup> No por ello, sin embargo, se aclaran todos los puntos oscuros, especialmente por el inevitable solapamiento, siquiera sea parcial, entre la persona como individuo y la persona como miembro de una comunidad política. Tal solapamiento se manifiesta, de un lado, en la existencia de estrechísimas conexiones entre algunos derechos adscritos a una y a otra categoría -como entre la libertad de conciencia y la de expresión, o entre la libertad de circulación y la de manifestación- y, de otro lado, en la ambivalencia de otros derechos que, como el de exclusión de toda discriminación sexual o racial, han sido puntales de las luchas por las libertades y derechos «civiles» sin dejar por ello de tener un valor y un contenido centralmente políticos.

<sup>4</sup> El apelativo de «tercera generación» supone que las dos primeras generaciones son, respectivamente, la de los derechos liberal-democráticos y la de los derechos sociales (cf. Ignacio Ara Pinilla, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1990, pág. 112). Gregorio Peces-Barba, considerando que los derechos democráticos son diferentes y ulteriores a los liberales, introduce una generación más (cf. *Curso de derechos fundamentales (I). Teoría general*, con la colaboración de Rafael de Asís y Ángel Llamas Cascón, Madrid, Eudema, 1991, págs. 156-7).

rasgos a la distinción entre derechos de libertad y derechos de igualdad o, todavía más simplificada, a la dicotomía derechos liberales y derechos sociales-, ha venido cumpliendo, y todavía sigue haciéndolo, dos funciones opuestas, más o menos aparentes en las clasificaciones y categorías tradicionales en la literatura teórica a propósito de los derechos humanos, pero sobre todo de gran influencia general a juzgar por las ideas que subyacen a ciertas declaraciones públicas de dirigentes políticos o sindicales.

Según una primera función, netamente conservadora, se destaca que, debido a la muy diferente naturaleza e importancia de los derechos liberales respecto de los sociales, mientras los primeros serían básicos, universales, incondicionados e indeclinables hasta merecer el nombre de derechos fundamentales e incorporarse a las constituciones, los segundos configurarían aspiraciones ideales, quizá irrealizables y, en todo caso, más particulares, condicionadas y subordinables, de modo que sólo serían derechos (o, en todo caso, derechos fundamentales) como una forma de hablar, siendo en realidad engañoso poner a ambas categorías en paralelo<sup>5</sup>. En cambio, conforme a una segunda función, claramente progresista, uno y otro tipo se consideran como en un continuo en el que los derechos civiles y políticos son condición previa necesaria pero no suficiente de la libertad y la igualdad, que sólo serían reales y efectivas con la completa extensión de los derechos sociales, por lo que no hay -o no debería haber- diferencias sustanciales entre unos y otros en cuanto a su fundamentación, a su titularidad, a la necesidad de respeto y la gravedad de su negación o violación y, en fin, a los mecanismos jurídicos básicos predisponibles para su protección<sup>6</sup>.

El hecho de que estas dos visiones reflejen concepciones ideológicamente opuestas y resulten claramente alternativas e incompatibles entre sí, no significa que una de las dos deba ser unilateral y necesariamente adecuada para dar cuenta de la naturaleza de las relaciones entre los derechos liberales y los sociales. Lo que voy a sostener es que, con independencia de lo que se refiere a sus orígenes históricos y a sus contenidos<sup>7</sup>, tanto una como otra categoría son demasiado

---

<sup>5</sup> Cf. a modo de ejemplo, Ernest Forsthoﬀ, *El Estado de la sociedad industrial (El modelo de la República Federal Alemana)* (1971), trad. cast. de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, págs. 251-9; Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad*, vol. II, *El espejismo de la justicia social* (1976), trad. cast. de Luis Reig Albiol, Madrid, Unión Editorial, 1979, págs. 172-80; y Giovanni Sartori, *La democracia...* cit., pág. 123.

<sup>6</sup> En tal sentido, cf. Antonio-Enrique Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1984, págs. 203-15, así como *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, págs. 90-4.

<sup>7</sup> Sobre el particular, en el que no me detendré aquí, puede verse Peces-Barba, *Curso...* cit., caps. 5 y 6; así como Benito de Castro Cid, *Los derechos económicos*,

heterogéneas para autorizar cualquiera de las dos tesis anteriores, al menos si se toman sin mayores matizaciones. Frente a la primera, porque si *ninguno* de los derechos sociales fuera propiamente un derecho fundamental, comparable a los civiles y políticos, entonces resultaría que al menos *algunos* de estos últimos, y no de los reputados menos importantes, tampoco deberían ser considerados derechos fundamentales. Frente a la segunda porque, siendo común a todos los derechos fundamentales la necesidad de respeto y protección jurídica, las técnicas utilizables para ello son de muy distinto tipo no según el carácter liberal o social de su contenido, sino según la naturaleza de los diferentes bienes y pretensiones protegibles en los distintos derechos específicos, pudiendo observarse diferencias y coincidencias que tampoco pasan estrictamente por la distinción entre derechos liberales y sociales.

No obstante, entre las dos tesis extremas citadas tampoco pretendo situarme en un punto intermedio equidistante, pues, con algunas matizaciones de innegable raigambre socialdemócrata, me parece más defendible y acertada la del continuo entre derechos liberales y derechos sociales. Con todo, mi estudio será más conceptual o analítico que ideológico o normativo. Por lo demás, aunque ensayaré sobre todo un análisis filosófico-jurídico más que jurídico-positivo, no será ocioso dejar dicho que cuando aquí se habla de derechos humanos o básicos se alude a pretensiones o exigencias morales especialmente fuertes -en el sentido de que, si están justificadas, fundamentan obligaciones morales correlativas- que deben ser garantizadas a través de instituciones operativas, como pueden serlo algunos sistemas estatales (en cuyo caso serán también derechos jurídicos, con determinados rasgos específicos añadidos, como mínimo en el sentido débil del término «derecho» como correlato de algún deber).

---

*sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, León, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, 1993, especialmente caps. 1, 2 y 5.

<sup>8</sup>Por echar más leña a un incesante (¿y perpetuo?) debate sobre este tema con Gregorio Peces-Barba, añadiré que la caracterización que viene dando hace años de los derechos humanos -por ser, como primera condición necesaria pero no suficiente, *exigencias morales*, y, como segunda condición también necesaria pero no suficiente, *reconocidas y garantizadas jurídicamente* (cf., últimamente, *Curso...* cit., cap. 4)- otorga excesiva importancia al sistema jurídico como cauce para que tales derechos sean «eficaces en la vida social» (*ib.*, pág. 91). En general, la eficacia, que se mueve en un plano fáctico, resulta una condición por completo innecesaria para caracterizar una exigencia moral, que se mueve en el plano normativo, salvo como condición de posibilidad para el establecimiento de obligaciones estrictas (la idea de que «debe» implica «puede» en sentido fáctico, sobre la que volveré más adelante en el texto). Con la anterior salvedad, el reconocimiento jurídico eficaz es, además,

En el resto de este escrito intentaré mostrar, en primer lugar, cómo la división tajante entre ambos tipos de derechos no es decisiva desde un punto de vista conceptual ni, seguramente, por añadidura, en lo que respecta a su justificación o fundamentación última. Después, algo más brevemente, trataré de señalar la panoplia de distintas técnicas jurídicas disponibles para diferentes tipos de derechos para concluir planteando alguno de los problemas éticos que subyacen a la realización efectiva de varios de los derechos sociales.

## 2. Unidad y diversidad en los derechos básicos

El núcleo central de mi análisis sobre la relación entre derechos liberales y derechos sociales está en que los derechos humanos conforman una categoría unitaria en lo importante (en su carácter básico, asociado a la dignidad y la autonomía moral humana, que exige reconocimiento y garantías efectivas), aunque no unitaria en aspectos secundarios. Lo decisivo, sin embargo, es que, de una parte, en cuanto categoría unitaria, en lo esencial, los derechos humanos no se reducen a los derechos civiles y políticos, sino que comprenden también a los derechos económicos, sociales y culturales básicos, y, de otra parte, que en cuanto categoría que admite diversificaciones y distinciones, las diferencias de contenido entre esos dos grandes tipos son menos relevantes que otras diferencias que no corresponden a esa dicotomía, sino que la traspasan porque aparecen dentro de cada uno de los dos tipos: así, algunos derechos civiles y políticos comparten

---

una condición especialmente inoportuna e inconveniente, que hace impropio denunciar las violaciones de los *derechos humanos* más elementales en los sistemas jurídicos totalitarios o dictatoriales, o afirmar que todos los hombres, vivan donde vivan, tienen *derecho* a no ser torturados ni perseguidos por sus ideas políticas. Con ello se produce también una asimetría inexplicable y arbitraria entre las situaciones de cumplimiento en general de tales derechos, donde se acepta que éstos existen y pueden ser violados, y las de violación general, donde lo que no existe y se viola se queda en meras exigencias morales que no llegan a ser derechos. Dice Peces-Barba: «Sin el apoyo del Estado esos valores morales no se convierten en Derecho positivo y, por consiguiente, *carecen de fuerza* para orientar la vida social en un sentido que favorezca su finalidad moral» (*ib.*, pág. 92). Pues bien, la cuestión es que si alguna *fuerza* es relevante en este dominio es precisamente la de ciertas exigencias éticas, sin la cual, por cierto, no se podría explicar históricamente el surgimiento del «apoyo del Estado», esto es, de ciertos Estados: esa fuerza, la exigibilidad moral, es la que hace de los derechos humanos no sólo una valiosa fuente de crítica frente a determinadas situaciones injustas, sino, además, una justificación suficiente de la necesidad de su reconocimiento y garantía jurídicos. (A los partidarios de una consideración de los derechos fundamentales como derechos morales se une últimamente Ernest Tugendhat, *Justicia y derechos humanos*, Barcelona, Publicacions de la Universitat de Barcelona, 1992, esp. págs. 13-9).

más rasgos, y bien relevantes, con algunos derechos sociales que con otros derechos civiles y políticos, los cuales, a su vez, tienen más elementos en común con otros derechos sociales que con los civiles y políticos. Si esto es así, y es lo que voy a intentar mostrar, debe desecharse la teoría liberal clásica sobre la Constitución como equilibrio entre los derechos de libertad individuales y los límites del poder estatal, límites que tendrían un carácter meramente negativo -esto es, constituirían abstenciones derivadas de prohibiciones-, tal y como lo formula Hayek cuando defiende al Estado que se ordena mediante lo que llama normas de comportamiento (frente a las normas de organización), definidas como normas «esencialmente negativas, por cuanto sólo aspiran a evitar la injusticia» y consisten «en prohibiciones que delimitan la esfera protegida de cada persona»<sup>9</sup>.

Para mostrar que esta visión liberal estricta es conceptualmente reductiva y distorsionadora, propongo analizar los tres rasgos clásicos de los derechos humanos -equivalentes a lo que los iusnaturalistas racionalistas denominaron derechos naturales- según la propia tradición liberal: carácter absoluto, universalidad e inalienabilidad. El esquema de mi argumentación intenta poner de manifiesto el dilema ya anunciado: por una parte, si esos rasgos se entienden en sentido fuerte, muy exigentemente, no se pueden predicar de varios de los derechos civiles y políticos, que habría que considerar no fundamentales contra la propia tradición liberal, aunque sí de alguno de los derechos sociales; por otra parte, si aquellos rasgos se debilitan -como creo obligado hacer- comprenden, ciertamente, a todos los derechos civiles y políticos, según pretende la tradición liberal, pero también a los derechos sociales básicos. Dicho de otra manera, de estar fundada, esta tesis obligaría a reconocer que el heredero legítimo y coherente de los ideales del liberalismo clásico es antes el socialismo democrático que el «neoliberalismo» (o «paleoliberalismo»).

### 2.1. *Derechos absolutos y relativos*

El carácter absoluto de los derechos fundamentales -como «sagrados» los calificaba el Preámbulo de la Declaración francesa de 1789- ha sido recientemente expresado por Ronald Dworkin en la idea de que los derechos constitucionales básicos son triunfos de

---

<sup>9</sup> *Derecho, legislación y libertad* cit., vol. I, *Normas y orden* (1973), Madrid, Unión Editorial, 1978, págs. 174 y 189, respectivamente; cf. también, vol. II, *El espejismo...* cit., págs. 57 ss; y vol. III, *El orden político de una sociedad libre* (1976), Madrid, Unión Editorial, 1982, págs. 222-5.

cualquier individuo que ganan la partida frente a cualesquiera intereses colectivos, incluidos los decididos por la mayoría: en esta visión, los derechos fundamentales son, de un lado, previos al juego democrático y están excluidos de él, de forma que, por ejemplo, no cabe negar la libertad religiosa por decisión mayoritaria; y, de otro lado, desplazan a otros intereses y necesidades colectivas, sin ser desplazados por éstos en caso de conflicto, de forma que, por ejemplo, los derechos a la presunción de inocencia o a un juicio justo dominan sobre el interés de defender a la sociedad del delito, que seguramente podría garantizarse más eficazmente con menos controles judiciales y más errores policiales. Entendida estrictamente, como «ilimitabilidad» de los derechos fundamentales<sup>10</sup>, esto es, como validez en cualquier caso y exclusión de toda limitación o excepción, esta visión de los derechos fundamentales cuadra con muy pocos de ellos. Algunas teorías éticas, como las utilitaristas, dirían que con ninguno, pues siempre puede haber casos más o menos raros en los que hayan de limitarse en aras de un bien mayor o del mal menor, pero aquí estoy dando por sentado que se acepta una teoría no utilitarista, que defiende como criterio último la dignidad y la autonomía individual. En tal perspectiva muy pocos derechos se pueden y suelen citar como absolutos en el sentido de no sometibles a excepción:

---

<sup>10</sup> Como es sabido, la idea de limitabilidad de los derechos es menos clara de lo que parece a primera vista. Si se introducen ciertas condiciones restrictivas en la enunciación de un derecho cabe decir que el derecho queda conceptualmente «delimitado», más que «limitado»: así, por ejemplo, si se proclama el derecho a las condiciones mínimas de subsistencia cuando hay recursos suficientes, cabe afirmar que, en caso de insuficiencia de recursos, no es que el derecho resulte limitado sino que, simplemente, no existe en absoluto: de modo similar, también se puede afirmar que cualquier derecho expresamente limitado por otro -la libertad de expresión por el derecho al honor, por ejemplo- no resulta *limitado*, en el sentido de restringido o excepcionado, sino conceptualmente *delimitado*, de modo que opera como derecho hasta donde comienza el derecho con el que limita y justo en ese punto deja de existir como derecho (sobre ello, con una crítica a esta teoría desde la noción de principios y de derechos *prima facie*, vid. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* [1986], trad. cast. de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 267-9). Para evitar una «solución» similar, por vía de mera definición, del problema de la ilimitabilidad de los derechos, en el texto presupongo el significado más simple y usual de los derechos, que puede y suele expresarse en enunciados categóricos: por ejemplificarlo, el derecho a la vida se entiende como exclusión de la posibilidad de matar a nadie y la libertad de expresión como posibilidad de decir lo que se quiere, en ambos casos sin más cualificación: este es, por lo demás, el sentido por el que el Tribunal Constitucional español ha podido repetir en numerosas ocasiones -por cierto, con una incondicionalidad discutible- que ningún derecho fundamental es ilimitado (en la literatura española más reciente, véase sobre el tema Luis Aguiar de Luque, «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 14, enero-abril, 1993, págs. 9 ss).

el derecho a no ser torturado, la presunción de inocencia, el derecho a un juicio justo y los derechos derivados del principio de legalidad penal.

Al lado de los anteriores, derechos civiles y políticos tan importantes como el derecho a la vida, a la libertad física, religiosa e ideológica, las libertades de expresión, de reunión y de asociación, la libertad de circulación, el derecho al honor y a la intimidad, etc., se suele aceptar que tienen límites justificados de carácter normativo por dos razones: en primer lugar, en situaciones ordinarias, y para cualquiera de tales derechos, por razón de la interacción o conflicto entre los propios derechos (así, las limitaciones a la libertad para garantizar la libertad ajena, la legítima defensa como límite al derecho a la vida, la privación de libertad como pena, el derecho al honor como límite de la libertad de expresión y a la inversa, etc.); y, en segundo lugar, bajo circunstancias extraordinarias, aunque sólo para algunos de tales derechos, por razones de extrema emergencia, razones que -en una concepción defensora de los derechos al menos- apelarán a la defensa de los derechos más básicos (así, en los estados de excepción y sitio, especialmente en la limitación de los derechos políticos).

Ahora bien, si se acepta que la mayoría de los derechos civiles y políticos admiten límites justificados, al menos, por la interacción con otros derechos, incluso algunos derechos sociales que a veces se consideran derechos falsos y distorsionadores, como el derecho al trabajo, podrían considerarse derechos fundamentales aunque limitados por la garantía de otros derechos fundamentales. En este caso, aunque se entendiera desmesuradamente el derecho al trabajo como derecho a obtener un puesto de trabajo proporcionado por terceros, no podría ser un derecho absoluto por los límites que imponen la libertad de empresa y, sobre todo, la genérica autonomía personal para contratar, en la medida en que garantizar aquel derecho a través de una actividad estatal centralizadora de la economía reduciría intolerablemente la libertad individual a cambio de una organización económicamente ineficaz en la que se cumpliría aquella ironía sobre el sistema soviético: «nosotros fingimos que trabajamos y ellos fingen que nos pagan»<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Cuestión diferente es que, según es mi criterio, lo que deba considerarse propiamente como derecho fundamental sea el derecho a recibir un subsidio de subsistencia en defecto de un puesto de trabajo (tal era, por cierto, el contenido del art. 21 de la primera Constitución que reconoció un derecho social, la *Declaration* francesa de 1793, que decía: «Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'existence à ceux qui sont hors d'état de travailler»); en tal caso, sin embargo, más que del derecho al trabajo se trata de garantizar el derecho básico a las condiciones de subsistencia mínimas en el ámbito histórico-cultural de que se trate.

El carácter absoluto de algunos de los derechos humanos también puede ponerse en cuestión por los límites de carácter fáctico que les afectan debido a la imposibilidad física de cumplimiento completo en todos los titulares y casos. Especialmente en el caso de los derechos sociales, se ha dicho que derechos como el derecho al trabajo, a la salud o a la vivienda están limitados o condicionados por los recursos materiales existentes<sup>12</sup> o por «los hechos históricos» y «la realidad social»<sup>13</sup>. Tres consideraciones diferentes sugiere la anterior acotación sobre los derechos sociales.

a) En primer lugar, ningún derecho puede ser garantizado de hecho de manera absoluta frente a eventuales violaciones, tanto oficiales como de particulares, pues de otro modo no habría lugar a hablar de «derechos» y «deberes» moralmente exigibles, sino de acaecimientos necesarios científicamente explicables y predecibles. Sería innecesario recordar algo tan evidente si la observación sobre el condicionamiento fáctico de los derechos sociales no presupusiera una imagen desequilibrada que tiende a poner de manifiesto los grandes, y a veces masivos, incumplimientos de hecho de ciertos derechos sociales, sin dar un similar relieve al alto grado de ineficacia que sufren algunos derechos liberales clásicos que nadie discute como derechos fundamentales y constitucionales, y no sólo en una visión global del mundo, sino incluso respecto de los países que más los respetan en general: piénsese en el alto grado de incumplimiento, especialmente debido a las imprudencias de tráfico, del derecho a la vida<sup>14</sup>.

b) En segundo lugar, la condición de la suficiencia de los recursos materiales no es exclusiva de los derechos sociales. Frente a la caracterización de los derechos liberales como «derechos «sin coste»<sup>15</sup>, no sólo hay que recordar que «ningún derecho, como ninguna comida, es gratis»<sup>16</sup>, sino que cabe añadir que muy pocos derechos son

---

<sup>12</sup> Cf. Sartori, *La democracia...* cit., p. 121-3; también Luis García San Miguel lo ha destacado: cf. *Hacia la justicia*, Madrid, Tecnos, 1993, pág. 280.

<sup>13</sup> Cf. Peces-Barba, *Curso...* cit., p. 97, así como «El socialismo y el derecho al trabajo», *Sistema*, n. 97, julio 1990, esp. págs. 9-10 (téngase presente que, en relación con el derecho al trabajo al menos, el argumento de Peces-Barba difiere del presentado anteriormente en el texto por insistir no en su limitabilidad por otros derechos justificados sino más bien en su irrealizabilidad fáctica).

<sup>14</sup> No siempre se cae en la cuenta que si el derecho a la vida fuera estrictamente absoluto no sería insensato prohibir el uso de automóviles particulares: que no se haga en aras de la libertad (o, mejor, de varias libertades, como la de circulación, la de contratación, la de empresa, etc.) sólo muestra lo que de relativo tiene el derecho a la vida.

<sup>15</sup> Así, Sartori, *La democracia...* cit., p. 120.

<sup>16</sup> Salvatore Veca, *Cittadinanza. Riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione*, Milán, Feltrinelli, 1990, pág. 42.

baratos, especialmente en los complejos sistemas socio-políticos actuales<sup>17</sup>. Que en las sociedades más desarrolladas se trate de un coste tradicionalmente asumido que, como tal, se da por supuesto, no significa que el aparato administrativo y judicial necesario para ejercer decorosamente las funciones preventiva, represiva y organizativa en garantía de los derechos clásicos suponga un coste desdeñable. Por lo demás, aunque el coste de los derechos sociales de prestación pueda ser comparativamente alto, en particular por la expansividad de su demanda, el argumento del límite de los recursos no siempre apela una imposibilidad fáctica sino que a veces presupone un criterio ideológico sobre cuánto y en qué es apropiado invertir o gastar.

c) En tercer lugar, el argumento de la posibilidad como condición de las obligaciones morales -la idea de que «debe» implica «puede», que los juristas gustan de formular bajo el brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*- es teóricamente aceptable sólo en un

---

<sup>17</sup> Luis Prieto, aun rechazando al fin y al cabo que la del coste sea una objeción contra el carácter de fundamentales de los derechos sociales, dice sin embargo: «Las libertades parecen, en efecto, más «baratas»: reconocer el derecho de reunión o prohibir la tortura constituye un objetivo alcanzable en el país más pobre del mundo, mientras que sin duda la satisfacción de necesidades depende de los recursos» (*Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, págs. 47-8). Concuero en que, como cuestión comparativa y de grado, los derechos de libertad tienden por lo general a ser más baratos que los sociales, pero haciendo dos precisiones: primera, hay derechos sociales, como el de huelga y el de sindicación -éste al menos en lo que se refiere a la libertad de asociación sindical-, que no exigen especiales gastos presupuestarios al Estado (que además, en el caso del derecho de huelga, su ejercicio pueda generar altos costes económicos a la sociedad, o al propio Estado en cuanto actúa como empresario, es asunto diferente que, por lo demás, puede compartir con derechos clásicos como el de reunión en lugares públicos); y, a la inversa, hay derechos liberales que exigen considerables gastos al Estado, como la organización de elecciones políticas para el ejercicio del derecho de participación política o la asistencia letrada para detenidos sin abogado y para litigantes pobres; segunda, hay derechos de libertad, o, para ser más preciso, hay manifestaciones específicas de tales derechos más baratas que otras: como Luis Prieto llama en nota a un ya viejo artículo mío tras entrecomillar el término «baratas», me ha hecho recordar que en ese escrito se decía algo que sigo suscribiendo y que viene aquí al caso: «hay, por así decirlo, libertades «baratas» y valiosas que no exigen desembolsos económicos ni grandes capacidades culturales y para las que basta normalmente el reconocimiento jurídico (...). Piénsese en algunas de las manifestaciones de la libertad religiosa o de la libertad de expresión, como el culto público o el opinar en una asamblea, que pueden ponerse en práctica sin más. Es cierto que, con todo, las manifestaciones de esas mismas libertades que parecen más importantes por su mayor repercusión, como la utilización de medios de comunicación, exigen capacidades prácticas que van más allá de las posibilidades normativas» («Sobre los conceptos de la libertad», *Anuario de Derechos Humanos*, nº. 2, Madrid, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1983, pág. 546).

marco doblemente limitado: de un lado, aparece como relevante para obligaciones definitivas de individuos determinados, pero no respecto de deberes *prima facie* genéricamente atribuibles a individuos indeterminados: de lo contrario, sería absurdo prohibir conductas ilícitas que se sabe estadísticamente que no se van a poder impedir; de otro lado, se ha de referir a imposibilidades de carácter absoluto, pero no a las debidas a las formas de organización social históricamente existentes: así, la idea de que un requisito para poder hablar de derechos fundamentales es «su posibilidad de ser eficaces arraigando en la sociedad porque las condiciones económicas, sociales y culturales lo facilitan»<sup>18</sup>, alude a condiciones modificables en el sentido relevante para la crítica moral (en todo caso, por lo demás, se trata de condiciones tan modificables -tal vez, en ciertos casos, tan poco modificables- como las circunstancias de opresión política frente a las que no se deja de reclamar la vigencia de los derechos liberales clásicos).

## 2.2. Derechos universales y particulares

La universalidad de los derechos fundamentales es un rasgo del que se hace eco la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, cuyo preámbulo habla de los «derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana», con un alcance ya antes expresado clara y elegantemente por Thomas Paine en su comentario a la declaración de 1789: «Una declaración de derechos es, también, recíprocamente, una declaración de deberes. Cualquiera que sea mi derecho como hombre, es también el derecho de otro, y es mi deber garantizarlo...»<sup>19</sup>. Sin duda, existen algunos derechos que responden a este esquema teórico basado en la idea de la reciprocidad universal, pero no sólo en el campo de los civiles y políticos, como el derecho a la vida, a tener un juicio justo o a la libertad (que recíprocamente limitada es, según Kant, el único derecho originario), sino también en el campo de los derechos sociales, como el derecho a unas condiciones dignas de vida, a la protección de la salud o a no sufrir un medio ambiente contaminado.

Es cierto que no todos los derechos anteriores comportan deberes *inmediatamente* universales como correlato: sólo están en ese caso los derechos activos (sean de autonomía o de participación), como la

---

<sup>18</sup> Peces-Barba, «El socialismo y el derecho al trabajo» cit., pág. 9 (en coherencia con ello, concluye que el derecho al trabajo «no puede ni siquiera ser positivizado, (...) no puede ser realmente Derecho»: pág. 10); cf. también *Curso...* cit., págs. 96-7.

<sup>19</sup> *Los derechos del hombre* (1791-1792), trad. cast. de Agustín Jiménez, Madrid, Doncel, 1977, pág. 101.

vida, la libertad, el voto secreto o la huelga, que imponen deberes negativos -es decir, prohibiciones o abstenciones- por parte de terceros, mientras que los derechos *no activos* (también llamados de recepción o de crédito), como el derecho a la asistencia letrada y a la defensa en juicio o el derecho a la protección de la salud, imponen deberes positivos, es decir, obligaciones o acciones, por parte de terceros que han de organizarse institucionalmente distinguiendo la actividad de prestación, que recaerá sobre algunas personas concretas, y su coste, que -éste sí- ha de repartirse más genéricamente<sup>20</sup>. Pero también es cierto, como se verá, que tal organización institucional no es exclusiva de los derechos no activos, siendo también necesaria para el aseguramiento indirecto de los derechos activos, a través de la acción preventiva policial y militar y de la actividad protectora y represiva policial y judicial.

Junto a lo anterior, cabe destacar también que algunos de los derechos considerados hoy entre los fundamentales aparentemente no son universales en los sentidos anteriores, si bien puedan relacionarse más o menos directamente con la idea de universalidad. Podrían distinguirse tres tipos que, sin embargo, debidamente interpretados, no impugnan el rasgo de la universalidad de todo derecho básico genuino:

a) *derechos universalmente proclamados pero particularmente garantizados*: el tipo de crítica que el marxismo popularizó contra los derechos naturales clásicos, en cuanto predicados de todos los hombres pero limitados en la práctica a los propietarios varones, es hoy fácilmente ejemplificable en la distancia entre la proclamación jurídica de la igualdad universal de varones y mujeres y la realidad social en la que todavía quedan ciertos rastros de desigualdad, como en la menor participación de la mujer en puestos de responsabilidad política o en su menor y más difícil acceso al mercado laboral; sin embargo, esa distancia sólo pone de manifiesto la diferencia entre el *carácter* universal de tal derecho y el problema de su *realización* efectivamente universal, es decir, la diferencia entre el derecho propiamente dicho, que no deja de ser universal, y su incumplimiento en la práctica, que no sólo no impugna aquella universalidad sino que denuncia su ausencia.

b) *derechos de titular privilegiado*: algunos importantes derechos fundamentales, como la libertad de expresión, comportan manifestaciones especialmente garantizadas para clases particulares de

---

<sup>20</sup> Sobre la distinción entre derechos activos y no activos, sigue siendo iluminador el artículo de Liborio Hierro, «¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto», *Sistema*, n. 46, enero 1982, págs. 50-2 y 57-8.

personas (la libertad de cátedra para los profesores, la libertad de información para las empresas periodísticas, la cláusula de conciencia para los periodistas, etc.), privilegios cuya justificación fundamental parece ser instrumental, en beneficio de la posibilidad de todos de recibir o aumentar su información; de tal modo, el peso de la fundamentación de tales derechos está en un derecho anterior, único propiamente básico o fundamental, como es el universal derecho a la información en el marco de una opinión pública libre.

c) *derechos sectoriales*: la mayoría de los derechos sociales, incluidos los nuevos derechos, parecen ser derechos que se atribuyen a sectores particulares de la ciudadanía, como el derecho a la sindicación y a la huelga de los trabajadores o el derecho a protecciones especiales de los ancianos, discapacitados, jóvenes o consumidores; ahora bien, esta sectorialización puede tener dos tipos diferentes de justificación que, siendo lógicamente compatibles y, en parte al menos, prácticamente complementarias, también corresponden a una diversa configuración y extensión de tales derechos: por un lado, si en estos derechos el rasgo de la universalidad del titular se relaciona con el argumento de la potencialidad -es decir, con el argumento de que se trata de derechos potencialmente universales porque cualquiera puede ser trabajador, discapacitado, anciano, etc.-, lo cierto es que también algunos derechos clásicos son en cierto modo sectoriales y, por tanto, similares a los anteriores (así, del derecho al voto son titulares sólo los mayores de edad no condenados a inhabilitación o suspensión, mientras que los derechos a un juicio justo o a no ser condenado por una ley retroactiva son relativos a la circunstancia de estar procesado, que es una condición meramente potencial, incluso mucho menos probable estadísticamente que la de llegar a la tercera edad o a ser demandante de trabajo); por otro lado, la diferencia en universalidad con los derechos civiles y políticos clásicos desaparece si los derechos sociales sectoriales, en particular los relacionados con circunstancias sociales de especial necesidad, no se consideran sino manifestaciones instrumentales para lograr el cumplimiento del derecho de toda persona -éste ya si verdaderamente fundamental y, por tanto, plenamente universal- a una básica igualdad de resultados, esto es, a contar con unas iguales condiciones básicas de vida en relación con las de las personas mejor situadas<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Por cierto que esta observación plantea la posibilidad, si las circunstancias económicas lo aconsejan en función de un fin de justicia, de sectorializar de una u otra forma derechos que, incluso en niveles de cobertura no necesariamente básicos, a través de la sanidad o la universidad públicas, han llegado ya a universalizarse, en el sentido de que están disponibles para todos, de los más ricos a los más pobres, y, en especial, en países como el nuestro, para una numerosa y no realmente menesterosa clase media. Tal sectorialización, que no tendría por qué asumir la forma de la

En suma, la universalidad es un rasgo más complejo de lo que podría parecer a simple vista y sus eventualmente distintas formas de manifestación o desarrollo aparecen tanto en el ámbito de los derechos civiles y políticos como en el de los sociales.

### 2.3. *Derechos inalienables y alienables*

La inalienabilidad de los derechos fundamentales, como imposibilidad moral de renunciar a ellos, es un rasgo común defendido por la tradición liberal clásica, desde John Locke, Thomas Jefferson o Thomas Paine hasta la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, la Declaración francesa de 1789 o a la propia Declaración Universal de 1948. Aunque ésta de la inalienabilidad es una categoría muy compleja y no exenta de agudos problemas a propósito de su alcance -en especial en lo que respecta a la disposición sobre la propia vida-, parece fundada y aceptable la exclusión de la aceptabilidad ética y jurídica de la renuncia total a la libertad, es decir, la prohibición del contrato de esclavitud, que hace moral y jurídicamente inviable la utilización de la libertad para abdicar, también moral y jurídicamente, de la propia libertad.

Este rasgo de la inalienabilidad de los derechos humanos exige cierto replanteamiento de la relación entre derechos y libertad, de modo que tener un derecho no se identifique sin más con tener una facultad de hacer o no hacer, sino más bien con tener una necesidad o interés básico protegible<sup>22</sup>. Sólo que, para que esta caracterización no degenera en una legitimación antiliberal de toda forma de paternalismo, ha de precisarse en una doble línea: la primera, que entre los bienes y necesidades básicos ha de figurar la propia libertad, especialmente si se entiende como capacidad para proyectar y realizar los propios planes de vida; y la segunda, que, en todo caso, la idea de inalienabilidad impide sólo la renuncia a los derechos humanos en sí mismos, pero no a su ejercicio, que en *principio* sí es renunciable, una distinción que permite ejercer o no la libertad de

---

exclusión total del derecho a tal servicio, sino que se podría introducir mediante el traslado de parte de los costes a los usuarios menos necesitados -como incipientemente pero, a mi modo de ver, insuficientemente ocurre con el pago parcial privado de medicamentos o de tasas universitarias para quienes no se encuentran en situación de necesidad- no está sin embargo exenta de problemas, problemas que son, con todo, más graves en las formas de sectorialización que otorgan derechos solo a los más necesitados, como la estigmatización de determinados sectores sociales y la ausencia de inversiones en sectores ajenos a los intereses de la mayoría, según ocurrió tradicionalmente con la beneficencia pública.

<sup>22</sup> Sobre ello, cf. Hierro, «¿Derechos humanos...» cit., págs. 47-57.

expresión o el derecho de huelga o el de sindicación pero no renunciar de antemano y para siempre a tales libertades o derechos.

No obstante, pueden existir algunos derechos fundamentales que -por su conexión esencial con la dignidad de la persona o para garantizar el equilibrio en situaciones de poder desigual- no sólo son, como todos en principio, irrenunciables en el título, sino también en su ejercicio. Lo que ocurre es que, al igual que los de ejercicio renunciable o discrecional, también los de ejercicio irrenunciable pueden encontrarse indistintamente en el campo de los derechos liberales como en el de los sociales: si en el primer caso están tanto el derecho a la libertad de expresión o al voto cuanto el derecho de asociación sindical o el de huelga, en el segundo se hallan tanto los derechos a no ser torturado, a la asistencia letrada en la detención o a un juicio justo cuanto el derecho a la enseñanza básica o el derecho a un medio ambiente sano<sup>23</sup>.

En suma, tampoco este rasgo de la inalienabilidad de los derechos fundamentales sirve como línea divisoria entre los derechos civiles y políticos y los sociales.

### 3. Derechos básicos y técnicas jurídicas

Una buena forma de ir echando las sumas de las anteriores comparaciones conceptuales es cambiar ahora el enfoque hacia las técnicas

---

<sup>23</sup> La anterior ejemplificación merece, al menos, dos precisiones.

Primera: el derecho a la asistencia letrada puede ser de ejercicio renunciable sin descalificar por ello como protector de tal derecho al sistema jurídico en cuestión; y algo similar ocurre con el derecho a un juicio justo -si por tal se entiende la garantía reforzada contra la sanción de un inocente- en los sistemas jurídicos que, como el de Estados Unidos, admiten la negociación de la pena; en realidad, muchos extremos de la regulación específica de prácticamente cualquiera de los derechos humanos concebidos como un todo (sobre este concepto, véase *infra*, el texto correspondiente a la nota 29) varían según tradiciones y sistemas jurídicos, aun dentro de un núcleo mínimo común; en el caso de la irrenunciabilidad del ejercicio de algunos derechos, aunque ese rasgo pueda no pertenecer a ese núcleo mínimo, no siendo, por tanto, moralmente inexcusable su previsión jurídica, tampoco ésta resulta, desde luego, moralmente inaceptable.

Segunda: en el derecho a un medio ambiente sano, a diferencia de los otros citados (pero a semejanza del derecho a la defensa nacional), la indisponibilidad está relacionada con su naturaleza de bien público, en el sentido técnico-económico, es decir, de bien de oferta indivisible (el consumo de uno no disminuye la posibilidad de consumo de los demás) y de imposible exclusión de los usuarios (en cuanto el bien está disponible, lo está para todos); la irrenunciabilidad del ejercicio del derecho al medio ambiente se justifica, así, porque sus violaciones perjudican no sólo al infractor sino a todos los usuarios, poniendo en peligro o disminuyendo la calidad de ese bien público.

jurídicas usualmente disponibles para garantizar con cierta efectividad la protección de los derechos básicos. Doy por supuesto que tal garantía debe sustentarse en último término en una regulación constitucional<sup>24</sup>, pero me interesa señalar sobre todo la variedad de mecanismos jurídicos, también legales, administrativos y judiciales, que los distintos derechos fundamentales suelen comportar. Ello dará ocasión también para concluir comentando la cuestión de la relación ética entre los derechos liberales y los sociales.

### 3. 1. *Los derechos, límites al poder y prestaciones del poder*

La idea liberal de que los derechos fundamentales son esencialmente un límite del poder político -tan gráficamente expresada por la imagen de John Stuart Mill del círculo «alrededor de cada ser humano considerado individualmente (...) en el que no debe permitirse que penetre ningún gobierno, sea de una persona, de unas cuantas o de muchas»<sup>25</sup>- es el producto de una desconfianza históricamente justificada pero parcial hacia la autoridad estatal. Parcial al menos por tres razones: en primer lugar, porque no considera que la inmensa mayoría de los derechos fundamentales clásicos también operan y deben operar como límites frente a las acciones de los particulares; en segundo lugar, porque respecto de ningún derecho jurídicamente reconocido la conducta del poder estatal se debe ni se suele agotar, como sugiere una estricta lectura de la noción de «límite», con la mera abstención o ausencia de interferencia estatal, sino que exige también la imprescindible actividad de organización, especialmente policial y judicial, para la protección de aquellos derechos respecto de su violación tanto por los particulares como por el propio Estado; y, en tercer lugar, porque varios de los derechos fundamentales, algunos de ellos entre los de libertad, no actúan como límites que no se deben cruzar o invadir sino como exigencias o necesidades a realizar, siendo susceptibles de violación por omisión y no por acción y exigiendo una organización administrativa para su prestación positiva (así ocurre con

---

<sup>24</sup> En la literatura española puede verse sobre ello, con abundante bibliografía, José-Luis Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

<sup>25</sup> *Principios de economía política. Con algunas de sus aplicaciones a la filosofía social* (1848), trad. cast. de Teodoro Ortiz sobre la ed. de W. J. Ashley, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, pág. 806.

los derechos al sufragio, a la asistencia de abogado, a la educación, a la sanidad, etc.)<sup>26</sup>.

### 3.2. *Meros permisos, derechos a algo y competencias*

Para mostrar esquemáticamente la variedad posible de estructuras jurídicas de protección de los distintos derechos y cómo tal variedad no se corresponde simplistamente con la dicotomía entre derechos liberales y derechos sociales, resulta útil seguir, con alguna variación conceptual y terminológica, la clasificación propuesta por Robert Alexy entre derechos a algo, libertades y competencias<sup>27</sup>. Hay que advertir que esta clasificación pretende aplicarse a posiciones jurídicas simples -el derecho a reclamar judicialmente una indemnización por un delito de lesiones, el permiso para entrar y salir libremente del país, etc.-, que casi nunca coinciden sin más con los derechos fundamentales tal y como se enuncian tradicionalmente, a los que Alexy denomina derechos «como un todo»<sup>28</sup>, que suelen configurarse como un conjunto complejo de posiciones. No tendrá nada de extraño, así pues, que la mayoría de los derechos así entendidos se manifiesten en posiciones jurídicas que no se pueden encorsetar en una sola de aquellas tres categorías.

---

<sup>26</sup> Los anteriores argumentos han de servir para cualificar la tesis -mantenida por Ernst-Wolfgang Böckenförde- de que la diferencia entre la estructura jurídica de los derechos de libertad y los sociales está en la «acción estatal activa» que caracterizaría a estos últimos (*Escritos sobre Derechos Fundamentales*, trad. cast. de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pág. 76). Por lo demás, la justificación que Böckenförde da de ello me parece o confusa o errónea: según él, aquella diferencia proviene de que la libertad es «algo antecedente [que] no viene creada por la regulación legal», sino que viene dada «de forma natural» y existe e impone su protección por sí misma, mientras que los derechos sociales «no parten de algo antecedente ya dado», sino que «se necesita más bien, con anterioridad a la garantía de la protección jurídica, una acción estatal activa, positiva» (ídem). En realidad -con un tipo de derechos que hacen excepción y a los que me referiré enseguida en el texto- la mayoría de los derechos básicos, liberales o sociales, son exigencias antecedentes a la regulación jurídica que vienen dadas de forma natural, en el sentido de que no son *constitutivamente* creadas por tal regulación; en cuanto a esta última, unos y otros derechos exigen determinaciones infraconstitucionales tendentes a especificar la organización (judicial y/o administrativa) competente de protección y las acciones del Estado necesarias para, en el caso de la mayoría de los derechos liberales y de algunos sociales (como los de huelga o asociación sindical), como mínimo, prevenir y, en su caso, sancionar sus violaciones. y en el caso de la mayoría de los derechos sociales y algunos liberales, establecer el aparato organizativo o los servicios públicos necesarios para su provisión.

<sup>27</sup> Cf. *Teoría de los derechos fundamentales* cit., cap. IV.

<sup>28</sup> Cf. *ibídem*, págs. 240-5.

a) *Meros permisos* («libertades no protegidas» en la terminología de Alexy<sup>29</sup> o «privilegios» en la de Hohfeld)<sup>30</sup>. Un mero permiso tiene la estructura: «A puede lícitamente hacer o no hacer X» y no implica por sí sola la prohibición de interferencia para terceros, sino, únicamente, por razones lógicas, la ausencia de prohibición o mandato en relación con X por parte de quien concede el permiso. Dependiendo de la regulación jurídica, pueden existir derechos que consisten sólo en un mero permiso, esto es, derechos en el sentido más débil, en los que el Estado excluye la prohibición de la conducta sin acompañar tal exclusión de la prohibición de interferir en ella por parte de terceros, como el derecho a competir por lograr contratos comerciales o laborales o el derecho a disponer de la propia vida mediante acciones u omisiones propias<sup>31</sup>. Lo usual, sin embargo, es que un mero permiso sea uno de los varios componentes de un tipo de derechos fundamentales: los de ejercicio discrecional, como las libertades de conciencia, de expresión, de asociación (genérica, política o sindical), de reunión, de circulación, etc., así como los derechos de huelga, de creación de centros docentes o de empresas periodísticas, a contraer matrimonio, etc. Como se puede ver, en tal enumeración hay, una vez más, tanto derechos liberales como derechos sociales.

b) *Derechos a algo*. Un derecho a algo tiene la estructura: «A tiene frente a B un derecho a Z» y se caracteriza porque el objeto del derecho (el «algo») es una conducta, activa u omisiva, del sujeto del deber correlativo; contienen derechos a algo no sólo los derechos fundamentales de ejercicio discrecional que se han citado hace un momento, sino también los de ejercicio obligatorio, como los derechos a no ser torturado, a un juicio justo, a la presunción de inocencia, a la asistencia letrada en la detención, a la educación básica, a un

---

<sup>29</sup> Alexy, que expone la categoría de las libertades en segundo lugar, tras la de los derechos a algo, distingue entre libertades no protegidas y libertades protegidas (una denominación discutible porque las primeras pueden disfrutar de cierta protección cuando se establecen expresamente -o los órganos del sistema interpretan que están establecidas implícitamente- en una norma de rango superior que debe ser respetada por autoridades inferiores: cf. *ibídem*, págs. 222-5); en lo que se refiere a las libertades protegidas la categoría se solapa con las otras dos, puesto que esas libertades se configuran además como derechos a algo y, usualmente, también como competencias (cf. *ibídem*, págs. 224-7).

<sup>30</sup> Cf. Wesley Newcomb Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales* (1913), trad. cast. y nota preliminar de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968, págs. 47 y 50-61.

<sup>31</sup> Sobre estos ejemplos, véanse las observaciones de la nota preliminar de Genaro Carrió en *ibídem*, págs. 17-8.

medio ambiente sano, etc. El «algo» en que consiste el derecho puede ser clasificado, con Alexy, en omisiones y acciones<sup>32</sup>; los derechos de ejercicio discrecional, y alguno de los de ejercicio obligatorio (como el derecho a no ser torturado o a la presunción de inocencia), comportan derechos a omisiones, esto es, conllevan prohibiciones de impedimento u obstaculización para terceros; algunos de tales derechos y, la mayoría de los de ejercicio obligatorio pueden conllevar también derechos a acciones, esto es, obligaciones positivas, normalmente por parte del Estado. Alexy diferencia ulteriormente entre las acciones normativas, que consisten en la imposición de normas protectoras (como la propia del derecho del no nacido a una cierta protección penal), y las fácticas -o derechos a prestación en sentido estricto-, que consisten en la entrega de un bien o en la realización de un servicio (como la subvención a un colegio privado, el subsidio de paro, la asistencia sanitaria o la organización de un colegio público)<sup>33</sup>. Aunque esta última distinción tiende a coincidir con la diferencia entre derechos liberales y sociales, no deja de haber entrecruzamientos: piénsese, de un lado, en las subvenciones a las confesiones religiosas más representativas, en las ayudas fiscales a los medios de comunicación privados o en el servicio público de asistencia a detenidos o de defensa de oficio, que constituyen acciones fácticas en derechos civiles y políticos, y, de otro lado, en la protección penal de las libertades de huelga, de sindicación y de trabajo, así como en la protección penal, administrativa y civil del derecho a un medio ambiente sano o de los derechos de los consumidores.

C) *Competencias*. Una competencia tiene la estructura: «A tiene la capacidad institucional de crear una situación jurídica J»<sup>34</sup> y se caracteriza por la posibilidad de crear (o modificar o extinguir) derechos u obligaciones privados, o poderes o deberes públicos, mediante un acto previsto constitutivamente por las normas que otorgan dicha posibilidad. El carácter constitutivo de las normas que otorgan la competencia significa que ésta tiene carácter institucional y, en cuanto tal, no puede ser producto sólo de determinados hechos o

---

<sup>32</sup> Cf. *Teoría de los derechos fundamentales* cit., págs. 189 -96.

<sup>33</sup> Cf. *ibidem*, p. 195. Alexy es consciente de que también las acciones fácticas se ejecutarán usualmente mediante normas, por lo que señala que el criterio para distinguirlas de las acciones normativas es, en aquéllas, la irrelevancia de la forma jurídica utilizada para satisfacer el derecho; tal vez sería más preciso y claro discriminarlas porque las acciones fácticas se apoyan en normas que establecen la obligación de generar directamente determinados beneficios en los titulares del derecho mientras que las acciones normativas se basan en normas que imponen sanciones (penales, administrativas o civiles) para los infractores del derecho en cuestión.

<sup>34</sup> Simplifico -ampliando a la vez su denotación- la fórmula de Alexy; cf. *ibidem*, pág. 235.

actos sin más, sino de ciertos hechos o actos cualificados por alguna norma con un efecto de carácter normativo: así, el contrato del matrimonio no existe sin una norma que da ciertos efectos normativos a ciertos actos, creando así una situación jurídica diferenciable de la convivencia de hecho. Las competencias de los particulares -que son las que aquí interesan- pueden ser privadas y públicas. Son privadas las derivadas de la libertad de contratación y de testar, en relación con el derecho a la propiedad privada, y de la libertad de matrimonio, así como de la libertad de creación de fundaciones, asociaciones, sindicatos, empresas, etc. Las competencias públicas de los particulares más importantes son, de un lado, las propias del ejercicio del voto y, de otro lado, las de reclamación administrativa y judicial para el cumplimiento de los propios derechos o por su incumplimiento. Es claro que entre estas últimas se hallan tanto las competencias para exigir el cumplimiento de derechos liberales (por ejemplo, las acciones penales y civiles que garantizan los derechos a la vida, a la libertad religiosa, al honor, etc.), cuanto las relativas al cumplimiento de derechos sociales (por ejemplo, los procedimientos para reclamar una plaza escolar, el subsidio de paro o la adjudicación de una vivienda de protección oficial).

### 3.3. *Juridificación y tutela judicial efectiva*

La anterior categoría de la competencia invita a plantear el problema de la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales que, si constituye por sí misma un derecho fundamental más, parecería que, incluso en sistemas jurídicos como los europeo-occidentales, obliga a denunciar el déficit de protección de muchos de los derechos sociales como única opción frente a quienes les niegan el carácter de derechos precisamente por la ausencia de dicha tutela. Esta alternativa, sin embargo, es demasiado tajante y no tiene suficientemente en cuenta una doble flexibilidad relacionada con la protección jurídica de los derechos fundamentales: en los contenidos de los derechos y en las modalidades de su tutela judicial.

En lo que se refiere a la flexibilidad en el contenido de los derechos, cuando se contrastan derechos clásicos, como el derecho al voto o la libertad de expresión, con derechos sociales como el derecho a la vivienda o el derecho al trabajo no siempre se tiene en cuenta cómo -según Kant observó respecto de los deberes éticos<sup>35</sup>- los

---

<sup>35</sup> Cf. *La Metafísica de las Costumbres* (1797), Segunda parte («Principios metafísicos de la doctrina de la virtud»), caps. VI y VII; en la ed. cast. de Adela Cortina y Jesús Conill, Madrid, Tecnos, 1989, págs. 241-4.

procesos de juridificación sirven para fijar efectos y límites de unos derechos que, antes de tales procesos, tienden a estar mucho más indeterminados y a ser menos específicos en su contenido. Sólo cuando el derecho al voto se convierte en jurídico se pueden conocer los ámbitos territoriales electorales y su periodicidad o la edad mínima y los delitos que inhabilitan para su ejercicio, al igual que se puede saber que la libertad de expresión no comprende el derecho a que un determinado medio de comunicación publique un escrito mío salvo en rectificación de una información previa que me afecta. Por el contrario, aunque antes de cualquier regulación específica resulte insensato sostener que el derecho a una vivienda digna consiste en que el Estado debe proporcionar alojamiento gratuito a cualquier individuo que lo solicite, tampoco está claro si tal derecho se reduce a la posibilidad de acceder a viviendas subvencionadas en caso de necesidad o si comprende un haz de distintos derechos, que pueden ir desde las prórrogas forzosas en arrendamientos urbanos hasta ciertas exenciones fiscales por compra o alquiler de vivienda, etc.

En cuanto a la flexibilidad en las propias formas de tutela judicial, deben resaltarse los muy variados procedimientos de que se sirven los sistemas jurídicos para proteger los derechos básicos, que van desde la represión penal por delitos contra la vida, la integridad de las personas, el honor o, más genéricamente, contra los derechos de libertad, o los procedimientos primero administrativos y después judiciales para la ejecución de ciertas prestaciones del Estado (subvenciones legales a los partidos políticos o a los sindicatos más representativos, o a los centros educativos que colaboran en ciertas condiciones en la enseñanza básica), o los juicios laborales contra despidos ilegales o frente a la declaración administrativa de una huelga como ilegal hasta el *habeas corpus*, o los procesos especiales que permiten recurrir contra la prohibición gubernativa de una manifestación, o los procedimientos civiles para la obtención de una indemnización por violación del derecho al honor, o los mecanismos de amparo constitucional para la revisión de la constitucionalidad de las actuaciones judiciales en materia de derechos fundamentales o, en fin, la posibilidad de pedir al juez ordinario que plantee una cuestión de inconstitucionalidad ante una ley dudosa de la que dependa el proceso.

### 3.4. *Ética y política, una vez más*

Por lo demás, no todas las manifestaciones de los derechos básicos, tanto liberales como sociales, son susceptibles de tutela judicial estricta; así como la eventual violación del derecho de representación

política por graves incumplimientos del programa electoral del partido gobernante tiene que sustanciarse por los propios ciudadanos mediante su voto y no mediante demandas judiciales, o así como el derecho a recibir información veraz no excluye las mentiras piadosas o corteses ni la infidelidad matrimonial, tampoco todas las manifestaciones éticas posibles de los derechos sociales tienen que ser garantizadas mediante reclamación judicial. Defender la existencia de un derecho *moral*, incluso básico, no comporta exigir su organización como derecho *jurídico* en el sentido más fuerte de esta última expresión, como pretensión judicialmente accionable (el derecho subjetivo en sentido técnico de Kelsen). En especial, parece poco sensato sostener que es obligada una estricta judicialización de *todos* los derechos, y especialmente de los sociales de prestación, de modo que en éstos operen también los mecanismos directos que, con el simple enunciado de un precepto constitucional, permitan un amparo como el que, por ejemplo, funciona para los derechos de la Sección 1ª del Capítulo segundo del Título I de la Constitución española.

A riesgo de repetir lugares comunes, y aunque el modelo sea un contraideal límite, semejante judicialización daría lugar a un sistema político (y, seguramente, económico) radicalmente distinto, y me temo que peor, que el de las democracias occidentales: los jueces deberían decidirlo todo, incluida la aprobación y disposición de los presupuestos, con lo que desaparecería tanto la división de poderes por ausencia de poder legislativo como la responsabilidad política democrática ante los ciudadanos (sin contar con que, como ha dicho Geoffrey Marshall, «nadie es verdaderamente un experto a la hora de elaborar y aplicar los derechos económicos del hombre, y menos que nadie, los jueces»)<sup>36</sup>. La moraleja es que, si se quiere mantener la sustancia de la sociedad democrática, los derechos sociales de prestación -o, al menos, todos ellos y en todas sus posibles manifestaciones- no deben abandonar el reino de la política por el del foro (salvo, naturalmente, en cuanto se decida políticamente, a través de leyes revisables mediante el criterio de mayoría): una vez más, la política ha de ser la partera de la ética.

Si la dicotomía entre derechos liberales y derechos sociales no tiene la homogeneidad conceptual que se deduce de la crítica neoliberal, no es tampoco por completo irrelevante. Como se acaba de reconocer, hay algunos derechos sociales especialmente resistentes a una protección jurídica efectiva, pero eso no los borra del horizonte de la exigencia ética. Un liberal puro como Benjamin Constant, defensor del derecho de propiedad y, por ello, del sufragio censitario,

---

<sup>36</sup> *Teoría constitucional* (1980), trad. cast. de Ramón G. Cotarelo. Madrid, Espasa-Calpe, 1982, pág. 176.

argumentó en favor de tal limitación de la democracia arguyendo que, además de la nacionalidad y la mayoría de edad, el voto exige «el ocio indispensable para adquirir ilustración y rectitud de juicio. Sólo la propiedad asegura ese ocio, sólo la propiedad hace a los hombres capaces para el ejercicio de los derechos políticos»<sup>37</sup>. En efecto, sólo que, para quien defiende que una condición básica de la democracia liberal es el sufragio universal, el argumento de Constant vale más bien para justificar la mayor expansión posible de los derechos sociales, pues reconoce que los bienes que tales derechos pretenden garantizar son una condición necesaria de la libertad política y, junto a ella, también de la libertad en sentido más amplio, como autonomía sobre la propia vida de cada cual.

La idea básica aquí es que ciertos recursos materiales o económicos y culturales son condición necesaria -pero no suficiente, pues la garantía jurídica es otra condición necesaria- para la capacidad de elección entre opciones en que la libertad consiste. Esta conexión debe distinguirse tanto de la posición que asimila la libertad a la obtención efectiva de los bienes deseados<sup>38</sup> como de la que separa la libertad y el valor de la libertad, este último mayor o menor según la cantidad de medios materiales de que se dispone para ejercerla<sup>39</sup>. Mientras en la primera posición se produce una identificación entre la libertad sus condiciones que puede conducir a poner en peligro manifestaciones valiosas de la propia libertad, en la última se establece una desconexión entre la libertad y sus condiciones que autoriza a predicar la existencia de libertad aun cuando no existan posibilidades de elección en absoluto<sup>40</sup>. Entre la identificación y la separación, el grado y alcance de la conexión entre la libertad y sus

---

<sup>37</sup> *Principios de política* (1815), en *Escritos políticos*, ed. cast. de María-Luisa Sánchez Mejía, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pág. 66.

<sup>38</sup> Cf. Christopher Caudwell, *Studies in a Dying Culture* (1938), cit. por Richard Norman, *Free and Equal. A Philosophical Examination of Political Values*, Oxford, Oxford University Press, 1987, págs. 33 y 45.

<sup>39</sup> Cf. John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1971, pág. 204, trad. cast. de M. D. González Sóler, *Teoría de la justicia*, México-Madrid-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1979, pág. 237.

Seguramente es legítimo relacionar estrechamente esta distinción de Rawls con la definición estricta de la libertad negativa que hace más tiempo propuso Isaiah Berlin como ausencia de coacción por parte de otros individuos, según la cual las «condiciones adecuadas para el uso de la libertad» pueden ser tanto o más necesarias que la libertad, y aun tenerse que obtener sacrificándola, pero no son una forma de libertad: cf. «Dos conceptos de libertad», [1958], en *Libertad y necesidad en la historia*, trad. cast. de Julio Bayón, Madrid, Revista de Occidente, 1974, págs. 137-9, la cita textual en pág. 139; también, con la misma traducción, en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1988, págs. 191-4, la cita textual en pág. 194.

<sup>40</sup> Para más detalles sobre esta visión, véase Norman, *Free and Equal...* cit., esp. cap. 3.

condiciones de realización no pueden condensarse en una fórmula matemática. Pero por eso, precisamente, es tarea de la política, de una política democráticamente ejercida y controlada, ir fijándolos y revisándolos<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Agradezco a Juan-Carlos Bayón, Liborio Hierro, Luis Rodríguez Abascal y Virgilio Zapatero el haberme permitido mejorar este artículo mediante sus oportunas observaciones.

