

INFORME “El tiempo de los derechos”, núm. 28.

HURI-AGE

Consolider-Ingenio 2010

**LOS DERECHOS SOCIALES PARA HOY Y PARA
LAS GENERACIONES FUTURAS: ALGUNAS
IDEAS (O PROPUESTAS) PARA SU DEFENSA**

DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN: M.^a Isabel Garrido Gómez.

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN: Mayra Cabral Brea,
M.^a Isabel Garrido Gómez, J. Alberto del Real Alcalá y José Luis Rey
Pérez.

ÍNDICE

-Presentación

-El legislador en la implementación de los derechos sociales

J. Alberto del Real Alcalá

Universidad de Jaén

-El cumplimiento de la misión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la protección de los derechos sociales

Mayra Cabral Brea

Cátedra UNESCO sobre la Paz, República Dominicana

-Los derechos sociales y la igualdad real y efectiva: presupuestos teóricos para una acción práctica de emergencia

M.^a Isabel Garrido Gómez

Universidad de Alcalá

-El derecho al trabajo en las sociedades sin empleo como principal problema

José Luis Rey Pérez

Universidad Pontificia de Comillas

-Propuestas y recomendaciones

PRESENTACIÓN

Este informe se ha realizado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” (CSD2008-00007) del Ministerio de Economía y Competitividad, y pretende poner de manifiesto la problemática de los derechos sociales, principalmente en lo que se refiere a la cuestión de su eficacia dentro de un Estado social de Derecho y en relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos porque, si bien otros derechos están amenazados también en este sentido, los derechos sociales revisten una especial problemática.

Dicho trabajo ha sido elaborado por Mayra Cabral Brea, M.^a Isabel Garrido Gómez, J. Alberto del Real Alcalá y José Luis Rey Pérez; y su contenido se divide en cuatro partes bien delimitadas pretendiendo como objetivos comunes elevar el nivel de la eficacia de los derechos sociales al constatarse que se han regulado como derechos débiles o como no-derechos. Divisándose como principal handicap en estos momentos la implementación del derecho al trabajo en el sentido del derecho a la inserción y al reconocimiento social. Como aportación final, se presentan doce recomendaciones y propuestas prácticas que pretenden erigirse en guía para los poderes públicos y la sociedad civil.

M.^a Isabel Garrido Gómez

Madrid, 23 de enero de 2013

EL LEGISLADOR EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

J. ALBERTO DEL REAL ALCALÁ
Universidad de Jaén

1. SOBRE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO CUESTIÓN NUCLEAR: LA LABOR DE IMPLEMENTACIÓN DEL LEGISLADOR

A lo largo de la segunda mitad del siglo XX, los países de Europa Occidental llegamos a la conclusión de que el modelo de Estado “liberal” de Derecho en el que se institucionalizaba hasta entonces el sistema democrático había devenido manifiestamente *insuficiente* para poder generar el *mayor* bienestar para el *mayor* número de personas, tal como John Stuart Mill definió el “buen gobierno”¹. Ante esta perspectiva, se optó por modificar el modelo de Estado de Derecho con el que se venía operando, evolucionándolo hacia un Estado *social* de Derecho. Esto supuso la incorporación de los *derechos sociales* a los nuevos textos constitucionales que fueron apareciendo a partir de la segunda guerra mundial. Constituyéndose este hecho en una de las marcas identificativas del denominado “Estado del bienestar” europeo frente al Estado neoliberal de Derecho consolidado históricamente en los Estados Unidos.

A este respecto, podemos hablar de los *derechos sociales* como aquellos “beneficios de bienestar” que proporciona a las personas el Estado de Derecho. Como *bienestar* se opone a *malestar* y este puede equipararse en numerosas ocasiones con el *sufrimiento* humano a causa de la no satisfacción de necesidades básicas de la gente², puede afirmarse -por la consecuente conexión de los derechos sociales con la dignidad humana- que la presencia real de los derechos sociales más nucleares en nuestras sociedades evita una gran cantidad de sufrimiento a una gran cantidad de personas. Y, opuestamente, la ausencia de estos derechos va a dejar entrever sociedades en las que numerosas personas padecen sufrimiento cuando su experiencia vital se despliega por

¹ MILL, J. S., *Consideraciones sobre el gobierno representativo* [1861], traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza, Madrid, 2001, definición de “buen gobierno”, pp. 58 y ss.

² En el sentido que definen LUCAS MARTÍN, J. de y AÑÓN ROIG, M.^a J., “Necesidades, razones y derechos”, *Doxa*, n.º 7, 1990, pp. 55-59.

debajo del umbral de su dignidad.

Ante esta circunstancia, los textos constitucionales que se armaron a lo largo de la segunda mitad del siglo XX en Europa Occidental, y que optaron por la construcción de un Estado social de Derecho³, reconocen derechos sociales y económicos, incluso algunos con carácter de derechos reforzados, a modo de derechos fundamentales. El reconocimiento de derechos sociales en la Constitución supuso que el sistema democrático, a través de la institucionalidad que representa el Estado de Derecho, asumía la tarea (carga colectiva) de facilitar esta clase de derechos a sus destinatarios titulares. Así operó la Constitución Española de 1978, que, sin embargo, no configura con la cualidad de derechos fundamentales a algunos de los principales derechos sociales que reconoce⁴, sino que los ubica como meros “derechos constitucionales de los ciudadanos”⁵. Sea el caso del reconocimiento del derecho a la protección de la salud⁶. O de algunos de los derechos sociales más controvertidos, que incluso son normados como *derechos débiles* o como *no-derechos*, esto es, simplemente como *auto-posibilidades* a desarrollar por el sujeto titular⁷, tal como es el caso del reconocimiento del “derecho de todos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”⁸, o del importantísimo “derecho al trabajo”⁹. O igualmente, el derecho a la integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos¹⁰ o el derecho a la suficiencia económica de la tercera edad¹¹, que la Constitución coloca ahora en el ámbito de los principios rectores de la política social y económica, esto es, derechos a modo de principios cuya

³ Véase Artículo 20 (1) de la Ley Fundamental de Bonn de 1949: “La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social”; asimismo, artículo 1.1. de la Constitución Española de 1978: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”.

⁴ Los derechos sociales están ubicados fuera de la Sección 1ª (“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”) del Capítulo Segundo (“Derechos y Libertades”) que, desde el punto de vista del criterio interpretativo *sistemático*, es la parte de la Constitución española que determina la cualidad de derechos fundamentales (artículos 14 al 29). Por el contrario, su ubicación se localiza en la Sección 2ª “De los derechos y deberes de los ciudadanos” de este mismo Capítulo.

⁵ Otros derechos sociales reconocidos como meros derechos constitucionales son: el derecho a la negociación colectiva laboral (artículo 37.1 CE)

⁶ Artículo 43 de la Constitución española.

⁷ En fechas recientes, la Unión Europea ha negado que el derecho al trabajo sea un no-derecho, esto es, una mera auto-posibilidad (de trabajar) del sujeto titular, al anunciar la financiación de un Plan de Empleo Juvenil en toda la Unión, según el cual cada Estado proporcionaría a los jóvenes algún tipo de empleo durante un periodo determinado a partir de la terminación de su formación, ya sea de carácter laboral o en prácticas.

⁸ Artículo 47 de la Constitución española.

⁹ Artículo 35.1 de la Constitución española.

¹⁰ Artículo 49 de la Constitución española.

¹¹ Artículo 50 de la Constitución española.

exigibilidad es todavía más débil que los anteriores, de lo que parece deducirse que estaríamos aquí ante la presencia de un *no-derecho*.

En todo caso, ninguno de los anteriores derechos sociales, que en razón de su contenido constituyen derechos nucleares de las personas, disfruta, sin embargo, de la protección especial que atribuye la cualidad (“jurídica”) de derecho *fundamental*¹², a pesar de que difícilmente podría negarse que posean la cualidad (“vital”) de *fundamentalísimos* derechos para las personas que han de ser sus beneficiarios. Ante este panorama, no es de extrañar que la configuración normativa de los derechos sociales como “derechos débiles” o incluso como “no-derechos” sea lamentablemente habitual.

Lo que puede constatarse de toda la problemática anterior sobre los derechos sociales es el protagonismo que alcanza la cuestión de su *eficacia*, sin duda uno de los flancos más aminorados de esta clase de derechos y un tema complejo en la teoría jurídica de los derechos. De hecho, la responsabilidad de la eficacia en el surgimiento de posiciones *reduccionistas* (en el legislador y/o en los jueces) configuradoras de los derechos sociales como derechos débiles o, incluso, como no-derechos es ciertamente *significativa*, y eso aun el significado en general controvertido de estos términos en el ámbito de la filosofía política y jurídica¹³ a la hora de definir su contenido.

Esta contribución pretender incidir precisamente en la mencionada cuestión de la eficacia, abordándola desde el punto de vista de la teoría de los derechos y de la tarea del *legislador*. Abogaré por el criterio de que la labor del legislador ordinario debe ser *coherente* con la implementación de los derechos sociales *si* estos derechos son derechos constitucionales y, por consiguiente, están respaldados nada más y nada menos que por la Constitución. De ser así, difícilmente la tarea del legislador y las decisiones judiciales pueden caminar de espaldas al texto constitucional. Todo lo contrario, deben formar parte del arsenal de garantías destinadas a implementar a estos derechos, a fin de coadyuvar a que se configuren con todos los elementos de *verdaderos derechos* para sus

¹² De esta afirmación habría que exceptuar al derecho de sindicación (libertad de sindicación) del artículo 28.1 CE y el derecho a la huelga (artículo 28.2 CE).

¹³ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 29.

destinatarios titulares. Hecho que, además, permitiría proporcionar mayor implementación al Estado social de Derecho que instaura -por ejemplo- la Constitución española.

En definitiva, detrás de estas páginas no está sino la propuesta de demandar el cumplimiento del Derecho, en concreto, reivindicar -en el caso español- que se cumpla la Constitución, pero toda la Constitución, incluido -sobre todo- un valor (constitucional) tan relevante como el de *igualdad*. Para ello, afrontaré, en el ámbito de la teoría de los derechos y desde el campo del legislador, un conjunto de *dificultades* u *obstáculos* que *frenan de una manera significativa* la eficacia de los derechos sociales.

No cabe duda que al legislador constituyente y al legislador ordinario es a quienes corresponde estructurar y armar el contenido de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico, cada uno en su respectivo ámbito normativo. De ellos depende el que los derechos sociales hayan adquirido la cualidad privilegiada de *derechos fundamentales*, o la más rebajada condición de meros *derechos constitucionales* o de simples derechos *legales*, o hasta la nimia consideración normativa de *no-derechos*.

Desarrollando la orientación que reivindican los derechos sociales como auténticos derechos subjetivos de carácter *fundamental*, tal como ha defendido el Prof. G. Peces-Barba¹⁴, me propongo afirmar que la cualidad de derechos “fundamentales” tiene que ver con el contenido y con el haz de conexiones materiales que estos derechos generan. A este respecto, el contenido de los derechos sociales es, en primer lugar y en general, la *satisfacción* de ciertas necesidades de la persona ligadas directamente al valor nuclear de la dignidad humana (en el caso español, asimismo *fundamento* de la Constitución y que viene a mostrar que la que persona es el principio y el fin de las normas del Derecho). Y en segundo lugar y en particular, el contenido de los derechos sociales está del mismo modo vinculado de forma más concreta a la realización de los contenidos de un valor jurídico-constitucional determinado, tal como es la *igualdad*¹⁵. La implementación de este contenido proporciona, sin duda, virtualidad real al Estado

¹⁴ PECES-BARBA, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico. (Escritos de filosofía jurídica y política)*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 61-66.

¹⁵ Véase GARRIDO GÓMEZ, I., *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 54-63.

social de Derecho.

2. NORMAR DE FORMA MÁS EFICAZ LOS DERECHOS SOCIALES: CONECTARLOS CON ‘DEBERES DE CUMPLIMIENTO’

A la hora de armar los derechos sociales como derechos eficaces, desde el punto de vista de la teoría general de los derechos, no va a ser suficiente que el legislador articule normativamente a estos derechos en función de la “teoría del interés”, *si* dicha configuración normativa es de carácter exclusivamente *declarativo* y excluye la protección del derecho. Y, por supuesto, aquella insuficiencia es aún mayor si los derechos sociales se articulan por el legislador como derechos subjetivos equivalentes a un poder volitivo otorgado al individuo por el orden jurídico (potestad jurídica), esto es, como poderes de elección conferidos a los sujetos, tal como sí serían susceptibles de ser estructurados los derechos de libertad¹⁶.

Para articular normativamente los derechos sociales de un modo más eficaz conviene examinar el punto de vista de H. Kelsen sobre la categoría de los derechos subjetivos. Según la perspectiva del jurista austriaco, cualquier enunciado sobre un derecho subjetivo que en verdad lo sea se ha de poder traducir a un enunciado sobre el Derecho objetivo, o dicho con otras palabras, a un conjunto de normas que en última instancia imponen sanciones¹⁷. Esto significa configurar normativamente a los derechos subjetivos acompañados de un conjunto de garantías de cumplimiento que se traduzcan en deberes jurídicos respaldados con sanciones. Y, por supuesto, conlleva descartar que los derechos sociales se reduzcan a un privilegio, una potestad o una inmunidad. Siguiendo la misma orientación, W. N. Hohfeld estimó que únicamente de las *pretensiones* relacionadas con *deberes jurídicos* resulta un derecho subjetivo en sentido estricto¹⁸.

Teniendo en cuenta en algún grado los anteriores parámetros, una normación más eficaz de los derechos sociales podría articularse no dejando su implementación como auténticos derechos en manos *exclusivamente* de los actos exteriores de cumplimiento. Para este fin, basta *conectar* los mecanismos de garantía de los derechos

¹⁶ Según la “teoría de la voluntad” de los derechos subjetivos.

¹⁷ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México D. F., 1993, p. 156.

¹⁸ HOHFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México D. F., 2009.

sociales con el cumplimiento correlativo de deberes diseñados *previamente* por el legislador. El resultado de un entramado normativo tal reforzará muy posiblemente la implementación de los derechos sociales. Pero, eso sí, *no* se han de *confundir* los derechos sociales con las técnicas normativas que los protegen¹⁹, dado que una posición de esa clase podría acarrear consecuencias muy negativas desde el punto de vista de la justicia constitucional y en particular del logro de haber constitucionalizado los derechos sociales aun las imperfecciones²⁰.

Siguiendo con esta estrategia de implementación, si bien el contenido de los derechos sociales se articula en torno a “intereses protegidos por el ordenamiento jurídico”²¹, *protegidos* debiera ser en un sentido *real*: que dicha protección se traduzca o refleje en un haz de “deberes de cumplimiento” por parte de *otros*. Entendiendo por *otros* tanto a los poderes públicos (deber de *facilitar* los derechos sociales a sus destinatarios titulares) como a la sociedad civil (deber de *financiar* los derechos sociales a través de un sistema fiscal progresivo). Lógicamente, para que esto sea posible, el legislador, a través de un entramado normativo del Derecho objetivo, ha de vincular supuestos de hecho incluidos en el contenido de los derechos sociales con consecuencias jurídicas, esto es, con algún tipo de sanciones. De no hacerlo así, la condición de derecho subjetivo para los derechos sociales deviene tan débil que su normación como derecho se diluye hasta reducirse a meras demandas, deseos, fines,... de la población o de una parte de ella, pero nada más.

En resumen, lo que sí ha de quedar claro es que, teniendo en cuenta el propósito que persiguen los derechos sociales, su configuración normativa desde una teoría del interés meramente declarativa o desde la teoría de la voluntad *no* puede sino desembocar en un resultado normativo de *derechos débiles* o incluso de *no-derechos*²². Y aquí podemos extraer la conclusión de que la insuficiencia de ambas formas de armar los derechos sociales en el Derecho objetivo nos lleva a constatar que uno de los elementos que es necesario *reforzar* a la hora de articular normativamente a estos derechos tiene que ver con su “eficacia”, que de alguna forma hay que conectarla con la

¹⁹ LAPORTA, F., “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, n.º 4, 1987.

²⁰ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 37 y ss.

²¹ Según la “teoría del interés” de los derechos subjetivos.

²² KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 138-140.

noción de derecho subjetivo (hemos visto que la “conexión total” como *elemento interno* del propio derecho subjetivo es la estrategia que preconizan los puntos de vista de Kelsen y de Hohfeld), aunque nos inclinamos por una “conexión parcial” de la eficacia a la categoría de derecho -tal como se ha descrito más arriba- que evite fusionar de manera integral los derechos sociales con las garantías de su cumplimiento, y así esquivar los efectos negativos que de ahí se derivarían.

En este punto puede ser muy útil traer a colación la teoría general de los derechos, y concretamente la noción de derechos fundamentales que nos ha legado el Prof. G. Peces-Barba. A este respecto, hay que tener en cuenta que aquellas posiciones que discuten a los derechos sociales no ya su cualidad de derechos fundamentales sino su misma fuerza como meros derechos se centran en buena medida en atacar el elemento de su *eficacia*. Eso sí, paradójicamente, la *eficacia* no se predica en general como un elemento integrante de los “derechos de libertad”, ni por este motivo se pone en duda que este tipo de derechos sean verdaderos derechos subjetivos²³. Parece como si los derechos de libertad fueran derechos más consolidados o, en todo caso, posiblemente más asimilados por la comunidad de juristas.

Desde el punto de vista de la teoría jurídica de los derechos del Prof. G. Peces-Barba, que comparto, se consideran dos elementos nucleares para constatar que estamos ante la presencia de un derecho fundamental. En primer lugar, que se trate de una “pretensión moral justificada” (*dimensión moral*)²⁴. Y en segundo lugar, que aquella pretensión moral haya alcanzado la normación o juridicidad pertinente como derecho en el ordenamiento jurídico (*dimensión jurídica*)²⁵. Una tercera dimensión que se predica en la teoría de los derechos es la dimensión de la *eficacia*²⁶, que si bien no sería una condición nuclear para estimar si estamos o no ante un derecho social²⁷, adquiere, sin embargo, una significación trascendental para hablar de auténticos derechos en el

²³ Desde una perspectiva iusnaturalista, Pérez Luño no discrimina a los derechos sociales respecto a los derechos de libertad, véase PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 206-215.

²⁴ PECES-BARBA, G., *Lecciones de derechos fundamentales*, con la colaboración de R. de Asís y M. C. Barranco, Dykinson, Madrid, 2004, p.44.

²⁵ *Ibidem*, pp. 44-46.

²⁶ *Ibidem*, pp. 46-47.

²⁷ REY PÉREZ, J. L., “La naturaleza de los derechos sociales”, *Derechos y Libertades*, n.º 16, 2007, p. 141.

sentido de derechos eficaces. En todo caso, aun manteniéndose una concepción dualista de los derechos²⁸, no es incompatible con asumir una mirada tridimensional de los mismos que no excluya la eficacia.

La propuesta que aquí se hace de articular los derechos sociales mediante un entramado normativo en el que *supuestos de hecho* incluidos en el contenido de los derechos tienen correspondencia con *consecuencias jurídicas* significa incorporar en la noción de derecho subjetivo *algunos* aspectos -no todos- del mecanismo de su cumplimiento (*afectación parcial*), y con esto me refiero a que cada derecho social genere *deberes jurídicos* en *otros* sujetos, pero eso sí, sin por ello reducir necesariamente el derecho a tales deberes y, por tanto, sin confundir la noción del derecho social con sus garantías. Pues bien, un entramado normativo de los derechos sociales articulado de este modo se correspondería o sería compatible con una teoría de los derechos -como la del Prof. G. Peces-Barba- que aún su dualismo no excluye la mirada tridimensional que integra la eficacia de los derechos.

3. NORMAR DE FORMA MÁS EFICAZ LOS DERECHOS SOCIALES: INTEGRARLOS EN LA CATEGORÍA DE ‘DERECHOS SUBJETIVOS FUNDAMENTALES’

Todo lo anterior nos conduce a examinar la relación entre los derechos sociales y la categoría jurídica de derechos subjetivos fundamentales. En el caso español, esta relación es prácticamente inexistente. Y la verdad es que no encontramos razones en la teoría de los derechos para no aplicar esta categoría jurídica a los derechos sociales. En todo caso, las razones para que eso sea así son ajenas a la teoría de los derechos. Porque, a la luz de la teoría de los derechos, los derechos sociales resultan de forma *contundente* derechos fundamentales. Veamos en qué baso mi afirmación.

En el Estado Constitucional de Derecho con el que operamos en la actualidad, y que en Europa Occidental ha venido acompañado históricamente de la construcción (constitucional) de un Estado social de Derecho, la protección y eficacia consiguiente de los derechos sociales no está en manos de las decisiones autónomas del legislador ordinario, sino que ha sido vinculada coherentemente a la estructura del sistema de

²⁸ ASÍS ROIG, R. de, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 11-29.

justicia constitucional diseñado por el legislador constituyente. Algo lógico, pues, de lo contrario, desvincular los derechos sociales del sistema de justicia que establece la Constitución que, además ella misma instaaura un Estado social de Derecho, llevaría a un absurdo jurídico-político-constitucional. Eso haría además que los derechos sociales resultaran vacíos tanto como límites a la actividad legislativa como en relación a su desarrollo con un contenido normativo mínimo y, por supuesto, serían ajenos a las decisiones judiciales sobre el ámbito de la justicia constitucional del país.

Aunque lo anterior está claro que conduce a un sin sentido jurídico, sin embargo, la normación de los derechos sociales y su conexión con el sistema de justicia constitucional es una *conexión débil* -por ejemplo- en la Constitución Española. Esta debilidad se debe a que el entramado normativo que articula los derechos sociales en la Carta Magna es a su vez *canijo*, restrictivo, y falto también de garantías de eficacia, cuestión que he examinado anteriormente. Pero tal debilidad tiene también otra causa: que el legislador constituyente ha ubicado el entramado normativo de los principales derechos sociales, ya de por sí *enclenque*, fuera de la categoría de derechos subjetivos fundamentales, lo que automáticamente le priva de la protección especial que dicha categoría jurídica recibe. Dato que muestra que los derechos sociales tienen en el texto constitucional español una “juridificación débil” desde el punto de vista de la categoría de los derechos.

Las ventajas que tendría que el legislador hubiera normado los derechos sociales como derechos constitucionales fundamentales serían muy claras de cara a la implementación de estos derechos. Así, los derechos sociales como derechos fundamentales afectarían a los criterios de validez jurídica. Y aunque los “criterios de validez formal” siguen siendo *necesarios*, con el Estado Constitucional han dejado de ser *suficientes* dado que necesitan ser completados con los “criterios de validez sustancial”²⁹, de los que formarían parte los derechos sociales, limitando con ellos la acción del legislador ordinario, pero asimismo impregnándola del contenido de los derechos sociales, que el legislador no podría esquivar. Y en este sentido, hay dos argumentos que -en mi opinión- conectan a los derechos sociales con la categoría de derechos fundamentales, aun cuando no estén reconocidos como tales -por ejemplo- en

²⁹ PECES-BARBA, G., *Lecciones de derechos fundamentales*, cit., p. 248.

la Constitución española.

El primer argumento que vincula claramente los derechos sociales a la categoría jurídica de derechos fundamentales es su “conexión directa” con el valor de la dignidad humana³⁰. La dignidad humana como valor superior de carácter moral ha sido incluida por el constituyente en la Carta Magna con el carácter de *fundamento supremo* de la misma y, por ende, de todo el ordenamiento jurídico, por lo que se trata, nada más y nada menos, que del “valor constitucional supremo” en el que descansa toda la normativa constitucional³¹. En concreto, la dimensión de la dignidad humana que más conecta a este valor supremo con los derechos sociales es la relacionada con la *igualdad* y consiste en la “igual dignidad” predicable de todas las personas³². La *igual dignidad* es una faceta de la dignidad humana que fundamenta en su más estricta esencia a los derechos sociales, cuyo objeto y fines se dirigen precisamente a la consecución de una mínima igualdad para todos. Mínima igualdad que estaría definiendo la *línea roja* por debajo de la cual la persona humana cae en situaciones de indignidad, que dejan de identificar la condición humana. Esto quiere decir que la conexión de los derechos sociales con la dignidad humana es una conexión *fuerte* desde el momento en que los derechos sociales constituyen un mecanismo de realización directa del deber-ser que representa en la Constitución la dignidad de la persona. De aceptarse esta conexión, difícilmente puede mantenerse -desde la teoría de los derechos- que los derechos sociales no han de configurarse normativamente como derechos fundamentales.

El primer argumento expuesto lleva a considerar un segundo argumento que conecta también de forma *rotunda* los derechos sociales con la categoría jurídica de los derechos fundamentales. Me refiero ahora a la conexión directa de los derechos sociales con el *valor* jurídico-constitucional de la *igualdad*. Tal como los derechos de libertad realizan el contenido del valor constitucional de la libertad, los derechos sociales constituyen precisamente la realización de los contenidos que definen el valor

³⁰ PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 63-74.

³¹ Artículo 10.1. de la Constitución Española afirma: “La dignidad de la persona ... [es] fundamento del orden político y de la paz social”.

³² PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 69-70: “la igual dignidad de todos los seres humanos permiten abordar ... los conceptos de desigualdad, discriminación y diferencia. La desigualdad es incompatible con la dignidad ... La discriminación es igualmente incompatible con la dignidad”.

constitucional igualdad. Y, de hecho, los derechos sociales no son sino *derechos de igualdad*, cuya pretensión general que comparten es la de proporcionar a todas las personas una mínima igualdad social. ¿Cuál? La que se corresponde con la dignidad de todas las personas. Línea, que cada sociedad establece a través de la regla de la mayoría.

Si los derechos que realizan el contenido del valor constitucional de la libertad (*derechos de libertad*) tienen mayormente carácter de derechos fundamentales³³, ¿por qué no ocurre así con los derechos que realizan el contenido del valor constitucional de la igualdad, tal como son los derechos sociales, principal mecanismo para la realización de la igualdad?³⁴ No existe respuesta a esta pregunta desde la perspectiva de la teoría de los derechos, dado que no hay diferencias entre un valor constitucional y otro según el armazón de la Constitución, aunque de forma *incoherente e inconsistente* si están trazadas esas diferencias (como constatan estas páginas) entre los *derechos de libertad* y los *derechos de igualdad*. Por supuesto, no es admisible la respuesta de que el valor constitucional de la igualdad no es un valor jurídico superior en el sistema de justicia constitucional y para con el ordenamiento jurídico, sencillamente porque así no es como lo engarza el constituyente en la Carta Magna. Si los derechos sociales son derechos débiles o incluso no-derechos y constituyen, sin embargo, el principal mecanismo de igualdad, ¿quién realiza la igualdad en el sistema de justicia constitucional español?

La conclusión que obtenemos de esta constatación es que la Constitución española ha tramado normativamente de forma mucho más óptima y eficaz a los *derechos de libertad* (derechos *individuales*) que a los *derechos de igualdad* (derechos *sociales*). Esto nos puede llevar a otra conclusión derivada: que el sistema democrático español se ha institucionalizado más cerca de un Estado *liberal* de Derecho que de un Estado *social* de Derecho. Si esta afirmación es correcta, explicaría en buena medida el porqué el legislador constituyente ha provisto al Estado social de Derecho de un mecanismo de realización tan *canijo* al juridificar los derechos sociales como derechos débiles o como no-derechos.

Los acontecimientos últimos relacionados con la crisis económica en la que se encuentran inmersos un gran número de países de la Unión Europea y España en

³³ PECES-BARBA, G., *Lecciones de Derechos fundamentales*, cit., pp. 135 y ss.

³⁴ *Ibidem*, pp. 181 y ss.

particular vendrían a dar la razón a lo aquí afirmado. Lo que posibilita alegar que el adelgazamiento del Estado social de Derecho es algo posible desde el punto de vista constitucional y legislativo, porque de por sí en el armazón de la Constitución, el Estado social no cuenta sino con mecanismos *endebles* y *difusos* para su realización.

EL CUMPLIMIENTO DE LA MISIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

MAYRA CABRAL BREA

Cátedra Universidad Autónoma de Santo Domingo-UNESCO: Cultura de Paz, Derechos Humanos y Democracia

1. INTRODUCCIÓN

La Declaración y Programa de Acción de Viena (1993) en su párrafo 5 enuncia: “[todos] los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. *La comunidad internacional debe* tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos *el mismo peso*” (la cursiva es nuestra). Dado el contexto mundial actual, cabe reflexionar sobre si los derechos económicos, sociales y culturales, comúnmente denominados “derechos humanos de la segunda generación”³⁵, son tratados en realidad como unos derechos de segunda clase en relación con los individuales, o mejor llamados civiles y políticos.

Solo por citar algunos ejemplos, cada año 100 millones de personas caen en la pobreza porque tienen que pagar directamente los servicios de salud³⁶ y millones de personas se ven impedidas para recibir la asistencia médica cuando la necesitan³⁷. Para el 2010, un total de 79 países destinaron a la asistencia sanitaria menos del 10% del gasto gubernamental³⁸. De aquí a 2015 se estima que tan solo 8 de los 49 países más pobres del mundo tendrán alguna posibilidad de financiar un conjunto básico de servicios de salud con sus propios recursos³⁹. A ello se añade, el agravante de que, en

³⁵ CASTRO CID, B. de, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad de León. León, 1993, p. 22.

³⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), *10 datos acerca de la cobertura sanitaria universal*, disponible en http://www.who.int/features/factfiles/universal_health_coverage/facts/es/index2.html

³⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), *Resumen Informe sobre la salud en el mundo: La financiación de los sistemas de salud, el camino hacia la cobertura universal*, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2010, p. 9.

³⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), *10 datos acerca de la cobertura sanitaria universal*, cit.

³⁹ *Ibidem*.

gran parte del mundo en desarrollo, los resultados sanitarios son de un nivel inaceptablemente bajo⁴⁰.

Por otro lado, al despuntar 2012, el retraso en el empleo mundial se estima equivalente a 200 millones de puestos de trabajo; un incremento de 27 millones desde el inicio de la crisis. Como desafío urgente deben crearse 600 millones de puestos de trabajo productivos en el próximo decenio y, aun así, “quedarán 900 millones de trabajadores que viven con sus familias con unos ingresos inferiores al umbral de pobreza de los 2 dólares de los Estados Unidos por día, sobre todo en los países en desarrollo”⁴¹. “A nivel mundial, se estima en 1.520 millones el número de trabajadores en situación de vulnerabilidad en el empleo en 2011, un incremento de 136 millones desde 2000, y de casi 23 millones desde 2009”. La proporción de mujeres en condición de vulnerabilidad laboral es del 50,5 por ciento, y excede a la de los hombres (48,2 por ciento)⁴².

La situación del derecho a la vivienda es más penosa, ya que más de 4 millones de personas han sido desalojadas por la fuerza entre 2003 y 2006, hay 100 millones de personas sin techo y más de un billón tiene alojamientos precarios. Naciones Unidas estima que 3 billones de personas vivirán en barrios de chabolas para el 2050 y que “ningún continente escapa ni escapará a esto”⁴³. “Más de un billón de personas en el mundo no tiene acceso al agua potable y 2,6 billones no tienen acceso a los servicios básicos de saneamiento. Dichas personas viven en condiciones de higiene insalubres e indignas; mueren por este motivo millones de personas cada año, entre las cuales hay 1,8 millones de niños víctimas de diarrea”⁴⁴.

⁴⁰ HUNT, P., *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Ginebra, 2008, párr. 13.

⁴¹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Tendencias mundiales del empleo 2012: Prevenir una crisis mayor del empleo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2012, p. 9.

⁴² *Ibidem*, p. 11.

⁴³ Cfr. GOLAY, C. y ÖZDEN, M., *El derecho a la vivienda: Un derecho humano fundamental estipulado por la ONU y reconocido por tratados regionales y por numerosas constituciones nacionales*, Programa Derechos Humanos del Centro Europa-Tercer Mundo (CETIM), disponible en <http://www.cetim.ch/es/documents/bro7-log-A4-es.pdf>, p. 3.

⁴⁴ *Ibidem*.

Ante un panorama tan desalentador, ¿cuál ha de ser la misión y el desafío del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI para la protección de los derechos sociales?

2. EL RECONOCIMIENTO HISTÓRICO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PROTECCIÓN QUE BRINDAN LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS A LOS DERECHOS SOCIALES

En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no se justifica la clasificación histórica de los derechos sociales como de “segunda generación” cuando la primera institución internacional creada y especializada en derechos humanos es la Organización Internacional del Trabajo (1919).

Además, en cuanto a instrumentos normativos internacionales, desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas, tal y como se refleja en la Carta del 26 de junio de 1945, se plasma el reconocimiento internacional de los derechos sociales. En ella se establece que para proporcionar estabilidad y prosperidad, la ONU debe preocuparse por fomentar un más alto nivel de vida, el pleno empleo, así como la creación de condiciones favorables para el progreso económico y social (artículo 55.a.). En su Preámbulo y en sus artículos 1.3, 13.1.b, 55.c, 62.2, 68 y 76.c, se advierten también disposiciones en favor tanto de los derechos civiles y políticos, como de problemas de índole económica y social⁴⁵.

La Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 concreta los esfuerzos de una protección de los derechos fundamentales típicos y, junto con ellos, en los artículos 22 al 27 diversos derechos sociales como el de la seguridad social, el del trabajo, la protección en caso de desempleo, igual salario, descanso y tiempo libre⁴⁶. Otros instrumentos internacionales de la misma época en que se van plasmando positivamente los derechos humanos, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), Convención de la OIT (1949), la Carta Social

⁴⁵ RODRÍGUEZ OLVERA, O., *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Comares, Granada, 1998, pp. 23 y 24.

⁴⁶ CASTRO CID, B. de, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la Teoría general de los derechos humanos*, cit., pp. 56 y 57.

Europea (1961), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), reconocieron de manera simultánea a los derechos civiles y políticos junto con los derechos sociales.

Actualmente, los derechos sociales se encuentran configurados de manera expresa en la mayoría de instrumentos internacionales relativos a derechos humanos. No obstante, la justiciabilidad directa en los distintos órganos judiciales internacionales es nula y con barreras construidas a propósito para que así lo sea, tal y como describiremos a continuación.

A. El sistema universal

Si analizamos el sistema universal de derechos humanos, nos encontramos con que el mismo no cuenta con un tribunal de justicia para la protección y promoción de los derechos humanos y cuyas decisiones sean vinculantes para todos los Estados. Es en virtud de la resolución 1985/17, del 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), cuando se estableció el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) como el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por los Estados Partes. Teniendo el deber todos esos Estados de presentar ante dicho organismo informes periódicos sobre la manera en que se ejercen esos derechos.

El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones en forma de "observaciones finales". También se publican las interpretaciones de las disposiciones del Pacto en forma de observaciones generales⁴⁷. Sin embargo, para que el Comité pueda examinar las denuncias de violaciones directas de los derechos sociales de los particulares, debe haber entrado en vigencia el Protocolo del Pacto que facultaría a dicha entidad para ello. A la fecha, solo 8 países lo han ratificado incluyendo: Ecuador, Mongolia, España, El Salvador, Argentina, Bolivia,

⁴⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Vigilancia del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales*, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>.

Bosnia-Herzegovina y Eslovaquia, siendo necesario que 2 más lo ratifiquen para su entrada en vigor⁴⁸.

Cabe señalar que, según el artículo 2 del Protocolo Facultativo, tanto las personas como los grupos de personas podrán presentar comunicaciones donde aleguen ser víctimas de violaciones de sus derechos consagrados en el Pacto. Esta disposición añadirá gran valor al mecanismo de protección, ya que, en pocos casos se ha visto que el colectivo pueda reclamar sus derechos. Por otro lado, las comunicaciones pueden referirse indistintamente a cualquiera de los derechos establecidos en el PIDESC y no a algunos en específico⁴⁹. Además, se faculta al Comité, en cualquier momento, hasta antes de pronunciarse sobre el fondo, a dirigir al Estado Parte una solicitud para que adopte las medidas provisionales necesarias tendentes a evitar posibles daños irreparables a las presuntas víctimas de las violaciones⁵⁰. Es importante señalar que se contempla en el art. 10 la posibilidad de que los Estados Partes presenten comunicaciones respecto a otro Estado Parte, en las que se alegue incumplimiento de las obligaciones del Pacto.

B. El sistema europeo

En su obra, el autor Francisco Díaz, establece que el 4 de noviembre de 1950⁵¹ el Consejo de Europa adoptó el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁵², sin embargo, en dicha Convención solo se establecen los derechos humanos civiles y políticos. El reconocimiento expreso de los derechos sociales fue adoptado, separadamente, a través de la Carta Social Europea del 18 de octubre de 1961 en Turín, revisada en 1996⁵³. Entre los derechos protegidos por la Carta Social se encuentran: el derecho a la vivienda; a la salud; a la educación; al trabajo; a la seguridad social; al libre tránsito de las personas; a no ser discriminado,

⁴⁸ RED-DESC., *Protocolo facultativo al PIDESC*, disponible en <http://www.escri-net.org/docs/i/466045>.

⁴⁹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), *Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 10 de diciembre de 2008, art. 3.

⁵⁰ *Ibidem*, art. 5.1.

⁵¹ DÍAZ, F., *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Palestra, Lima, 2004, p. 18.

⁵² LEACH, P., *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Blackstone's Human Rights, New Cork, 2005, p. 5.

⁵³ DÍAZ, F., *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., p. 18.

entre otros⁵⁴. No obstante, se libera a los Estados de cumplir con algunos de los artículos: entre ellos, el derecho a la salud y el derecho a la educación, que se deja al Estado elegir si se obligará a garantizar estos derechos o a garantizar otros. De modo que, mientras que el Tribunal Europeo (órgano judicial encargado del seguimiento del Convenio) adopta sentencias vinculantes para todos los Estados Partes sobre violaciones de los derechos consagrados en el Convenio, el Comité de Ministros (órgano encargado del seguimiento de la Carta Social) solo adopta recomendaciones que no son vinculantes respecto del incumplimiento de la Carta Social Europea. En este sistema, los derechos civiles y políticos cuentan con un sistema judicial de quejas individuales y los derechos sociales, por el contrario, no disponen de un mecanismo de petición individual, sino más bien colectiva, por medio de organismos reconocidos y aceptados para ello por el sistema europeo. Bien lo advierte Philip Leach, al expresar que el concepto de derechos humanos se ha desarrollado enormemente en los últimos 50 años, dejando a la Convención Europea en algunos aspectos inadecuada⁵⁵.

C. El sistema interamericano

Según Tara Melish, el sistema interamericano de derechos humanos, en comparación con todos los sistemas internacionales de derechos humanos, ofrece las mayores oportunidades para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales⁵⁶. Sin embargo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratado principal del sistema cuya supervisión e interpretación judicial le corresponde a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 26, refleja cierta dificultad para la interpretación de los derechos sociales⁵⁷, ya que no se establece un catálogo de dichos derechos y su enumeración y descripción es remitida a lo contemplado en la Carta de la OEA. El propósito de ello, para Añón Roig y De Lucas, es promover un lenguaje ambiguo, flexible y con márgenes de discrecionalidad⁵⁸. En este sistema, cuya

⁵⁴ COUNCIL OF EUROPE, *The European Social Charter*, disponible en http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/presentation/aboutcharter_EN.asp.

⁵⁵ LEACH, P., *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, cit., p. 6.

⁵⁶ MELISH, T., *El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el sistema interamericano*, Universidad Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 175. Ver también KRSTICEVIC, V., *La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano*, disponible en http://www.idrc.ca/openebooks/323-2/#page_171.

⁵⁷ COURTIS, C., *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares. Nuevos Horizontes*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007, pp. 24 y 25.

⁵⁸ AÑÓN, M. J., LUCAS, J. y otros, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 158.

justiciabilidad directa de los derechos sociales es posible, a la fecha, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha declarado violación alguna de derechos sociales consagrados en virtud del artículo 26 de la Convención.

Por otro lado, si bien existe en el sistema interamericano de los derechos humanos un instrumento específico muy completo para la protección de los derechos sociales, denominado Protocolo de San Salvador (1988), el mecanismo general de supervisión y el sistema de informes nunca se han puesto en funcionamiento, no sorprendiendo que la justiciabilidad de los derechos del Protocolo esté limitada en el propio instrumento a los derechos sindicales y al derecho a la educación⁵⁹.

3. REFLEXIONES SOBRE LOS OBSTÁCULOS EXISTENTES A LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

Tal y como establece el ganador del Premio Nobel de economía Amartya Sen: “Vivimos en un mundo de notables privaciones, miseria y opresión”, “la superación de estos problemas constituye una parte fundamental del ejercicio del desarrollo”⁶⁰. Mientras los gobiernos insisten en no contar con la capacidad de satisfacer las necesidades básicas de sus pueblos, al mismo tiempo, intentan conservar estructuras jurídicas y administrativas que obstaculizan la satisfacción de necesidades por parte de los necesitados mismos. Esto constituye una violación de derechos humanos⁶¹.

Hoy día ya no hay lugar para diferenciaciones entre derechos de primera, segunda y tercera generación en materia de protección y promoción de los derechos humanos, además, desde 1948 en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 28, se consagró el derecho de toda persona “a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”, no se explica entonces que, hasta la fecha, el sistema universal no cuente con el mecanismo que haga posible presentar

⁵⁹ COURTIS, C., *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares*, cit., p. 25. Ver también, MELISH, T., *El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el sistema interamericano*, cit., p. 5.

⁶⁰ SEN, A., *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona, 2000, p. 15.

⁶¹ THIMM, A., “Necesidades básicas y derechos humanos”, *Doxa*, n.º 7, 1990, p. 17.

directamente las denuncias sobre violaciones a los derechos sociales; que en el sistema europeo, no se consideren obligatorios ni el derecho a la protección de la salud; ni que el derecho a la educación y el mecanismo de quejas sea ante un Comité y no al Tribunal Europeo, siendo posibles, dicho sea de paso, quejas colectivas interpuestas solo por determinadas instituciones, lo que condiciona y restringe el acceso al mismo; y que en el sistema interamericano de derechos humanos se cuente con una disposición en la Convención para la protección directa de derechos sociales, pero la Corte siga el criterio de que no es necesario establecer dichas violaciones, cuando existen otros derechos que pueden brindar la invocada protección.

De acuerdo con el artículo 28 de la Declaración Universal, la misión del derecho internacional de los derechos humanos, y que todos los pueblos se habían propuesto como meta es la instauración de ese orden social e internacional para hacer efectivos los derechos humanos, por lo tanto, ¿cómo las instituciones creadas para ello permanecen diseñadas sistemáticamente para que dicha meta sea inoperante?

Con tantos instrumentos jurídicos, interpretaciones, observaciones generales, recomendaciones, relatorías, etc., respecto de los derechos sociales, la falta de especificación concreta del contenido del derecho⁶² no puede constituir más una excusa para la justiciabilidad de los derechos sociales, puesto que la conducta debida sí resulta inteligible con el desarrollo de todos esos estándares aplicables. Sin embargo, la ausencia de tradición de exigencia de estos derechos⁶³ en el plano internacional no ha cooperado con la materialización de su justiciabilidad directa. Es necesario, pues, transformar esa realidad para construir una sociedad capaz de desarrollarse bajo condiciones de mayor dignidad.

⁶² ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004, p. 122.

⁶³ *Ibidem*, p. 131.

LOS DERECHOS SOCIALES Y LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA: PRESUPUESTOS TEÓRICOS PARA UNA ACCIÓN PRÁCTICA DE EMERGENCIA

M.^a ISABEL GARRIDO GÓMEZ
Universidad de Alcalá

1. EL DINAMISMO DEL TÁNDEM IGUALDAD-DERECHOS SOCIALES

El concepto contemporáneo de la *igualdad* tiene su origen en la creación de un orden jurídico y social en el que la independencia del individuo únicamente podía obtenerse posicionando por encima de él al Estado-norma, conectada la concepción de la independencia con el nivel formal y la autonomía económica⁶⁴. Con la Revolución francesa la igualdad adquirió una gran importancia en la medida que se exigía la creación de condiciones precisas para que cada individuo pudiera obtener los mismos bienes y se identificaba con la igualdad de oportunidades. Lo que implicaba la existencia de leyes universales y abstractas, teniendo que renunciar el Estado a tomar medidas en el ámbito socioeconómico, ciñéndose a ordenar las áreas de carácter civil, procesal y penal. La conexión entre la igualdad y la generalidad de la ley hacía inútil la tarea de destacar los criterios de diferenciación en base a los que se pudieran establecer lícitamente diferencias, puesto que no se admitía su consideración. En este momento, la igualdad era una y no tenía sentido hablar de la formal y la material, cuestión que no surge hasta que al legislador se le reconoce la facultad de dictar normas jurídicas singulares. Con ello, la burguesía intentaba abolir los privilegios del Antiguo Régimen, creando una condición jurídica igualitaria de todos los ciudadanos⁶⁵.

No obstante, la igualdad se transformaría con la toma de conciencia de que el modelo liberal únicamente sería válido para alcanzar la igualdad real si hubiera una sociedad homogénea⁶⁶. La necesidad de igualar y diferenciar por medio de la ley se fue

⁶⁴ BARCELONA, P., *El individualismo propietario*, trad. de J. E. García Rodríguez, Trotta, Madrid, 1996, pp. 55 y ss.

⁶⁵ SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, pp. 25-26 y 129.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 26.

haciendo cada vez más importante a medida que el Estado iba desarrollando una función distribuidora de recursos. Desde esta perspectiva, se puede afirmar que la igualdad formal conlleva que no haya discriminación, esto es, implica un trato igual a todos los individuos, distribuyendo igualmente los contenidos de libertad entre los ciudadanos. En este punto hay que considerar que, determinados los contenidos de los derechos y su protección para todos los individuos, no es posible que se lleven a cabo distinciones en cuanto al campo de su titularidad o ejercicio⁶⁷.

Al hilo de los cambios sufridos, el paradigma liberal estima que los miembros de una sociedad son actores de una economía de mercado, aseguradora de las condiciones fácticas de los derechos individuales. Así, el reconocimiento de un derecho individual representa el ejercicio de la autonomía privada por la estipulación de contratos y la obtención de bienes o prestaciones de los demás⁶⁸. El principio de igualdad se identifica con el de legalidad, infringiéndolo las actuaciones ilegales del poder. Pero, recogiendo la idea de Ferrajoli⁶⁹, la legalidad estricta ha introducido una dimensión sustancial en la teoría de la validez y de la democracia, produciendo una disociación y una divergencia entre validez y vigencia de las normas, entre deber ser y ser del Derecho, entre legitimidad sustancial y legitimidad formal de los sistemas políticos. La especificidad del moderno Estado constitucional de Derecho radica en que las condiciones de validez fijadas por sus leyes fundamentales incorporan requisitos de regularidad formal y condiciones de justicia sustancial⁷⁰.

Unido al cambio indicado, no hablamos de derechos sociales constitucionalizados hasta las Constituciones mexicana de 1917 y de Weimar de 1919, en base a una serie de factores políticos, económicos e ideológicos acomodados a la era industrial y postindustrial, cuyo precursor fue von Stein (1850) y su formulador doctrinal Heller (1929), a la vez que hay que tener en cuenta la Ley Fundamental de la

⁶⁷ ASÍS ROIG, R. de, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2006, p. 71.

⁶⁸ BARCELONA, P., *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, trad. de J. R. Capella, J. A. Estévez y H. Silveira, Trotta, Madrid, 1999, pp. 105 y ss.

⁶⁹ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 2010, p. 68.

⁷⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 2011, p. 358.

República Federal Alemana de 1949 porque es donde se recoge el Estado social (artículos 20 y 28), con demandas unidas a objetivos que amplían las notas de los Estados liberales de Derecho, garantes de la libertad, la propiedad, la igualdad, la seguridad jurídica y los derechos de participación política. En este orden de ideas, los poderes públicos tienen la responsabilidad de proporcionar a los ciudadanos las prestaciones que son imprescindibles para que desplieguen su personalidad y se integren socialmente⁷¹, eliminando el abstencionismo⁷².

Por consiguiente, toma cuerpo la idea de que los derechos sociales constituyen derechos subjetivos configuradores de un programa de distribución de bienes mediante el equilibrio entre intereses públicos, colectivos y privados. De lo que se infiere una estructura particular con una forma especial de eficacia, en la que el Estado debe prestar ayudas y servicios, y crear, fortalecer y promover las condiciones que permitan la satisfacción de necesidades individuales y grupales. De ahí también que sus obligaciones estén relacionadas con los presupuestos requeridos para que se practique la libertad positiva⁷³. El principal punto de partida es el de la valoración de los individuos como sujetos morales que son portadores de dignidad, defendido que todos poseemos capacidad fáctica de elección y orientamos nuestra existencia en aras de ciertos planes de vida⁷⁴.

2. LOS DERECHOS SOCIALES Y LA ACCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

En una primera aproximación, los derechos sociales suelen ser definidos como los que asientan a favor de sus titulares una prestación frente, comúnmente, a los

⁷¹ GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 2009, pp. 18 y ss. Ver también PÉREZ LUÑO, A.-E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 224.

⁷² DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998, pp. 103 y 106; GARCÍA MANRIQUE, R., “Los derechos sociales como derechos subjetivos”, *Derechos y Libertades*, n.º 23, 2010, pp. 73-105.

⁷³ CASCAJO CASTRO, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 63-99. Cfr. además ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 40-44; y las estrategias esquematizadas por PISARELLO, G., “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre Política y Derecho”, en CARBONELL, M., CRUZ PARCERO, J. A. y VÁZQUEZ, R. (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2001, pp. 113-137.

⁷⁴ ASÍS ROIG, R. de, “La igualdad en el discurso de los derechos”, en LÓPEZ GARCÍA, J. A. y REAL, J. A. del (eds.), *Los derechos: entre la Ética, el Poder y el Derecho*. Seminario de Estudios sobre la Democracia de la Universidad de Jaén-Dykinson-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 150.

poderes públicos y, con menor frecuencia, frente a los particulares⁷⁵. Se conforman como derechos a exigir un régimen jurídico diferenciado en base a una desigualdad fáctica que es condición del ejercicio de los derechos fundamentales⁷⁶. Desde el objeto expresado, los problemas relativos a las garantías de satisfacción que encierran difieren de los de otra clase de derechos⁷⁷.

Hay una igualdad jurídica básica, esta es la de que todos somos sujetos de Derecho teniendo derechos y obligaciones. Según se ha evidenciado, la igualdad formal enlaza con la generalidad y la abstracción, que aplicadas a los derechos revierte en que todos somos iguales en su titularidad y ejercicio. La noción de justicia formal satisface el valor de la igualdad de que los sujetos a los que se destinan las reglas se adapten a ellas. El que esta igualdad sea relativa, en dependencia del criterio que ha inspirado la regla, de la cantidad de ventajas o de desventajas por distribuir y de la cantidad de personas a las que la regla alude no impide que su obediencia tenga el resultado de la igualdad de tratamiento⁷⁸.

Enlazando con lo dicho anteriormente, la igualdad como punto de partida se identifica con la igualdad formal, la cual choca con obstáculos que indirectamente están amparados en la ley, supuestos del patrimonio o del azar, que hacen que personas que tienen la misma capacidad ostenten oportunidades desiguales⁷⁹. La igualdad jurídica es indispensable para adquirir la real en un sentido negativo, dado que la concurrencia de discriminaciones legales limita los logros planteados; parejamente que, en un sentido positivo, se permite acudir a los tribunales para contrarrestar la discriminación. Mas la igualdad formal no es suficiente, se requiere la aplicación efectiva de normas igualitarias y de normas que guarden las esferas vulnerables, de modo que el principio

⁷⁵ PECES-BARBA, G., “Los derechos económicos, sociales y culturales”, en ID., *Derechos sociales y positivismo jurídico. (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1999, p. 60.

⁷⁶ Bobbio aboga por un compromiso que desarrolle las libertades, con una cierta voluntad igualitaria, para que las actuaciones del Estado se dirijan a suavizar las desigualdades materiales que resulten más llamativas e injustas (*Igualdad y libertad*, trad. de P. Aragón Rincón, Paidós-I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2000, pp. 53 y ss.).

⁷⁷ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 108 y 109. Sobre la eficacia de los derechos sociales, ver BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, p. 82.

⁷⁸ BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México, D. F., 2001, pp. 17 y 18. Ver también LAPORTA, F. J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, n.º 67, 1985, pp. 3-31.

⁷⁹ ALARCÓN CABRERA, C., “Reflexiones sobre la igualdad material”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IV, 1987, p. 34.

de igualdad social es un principio de compensación de las desigualdades que se realiza por la elevación o la promoción de las personas desfavorecidas, o con la limitación o la disminución de la riqueza y del poder de las personas más favorecidas. El primer caso otorga beneficios positivos, el segundo negativos⁸⁰.

Aclarando lo expuesto, de ello se desprende que los juicios de igualdad son siempre valorativos. Como indica Prieto Sanchís, la clave radica en fijar los rasgos que representan una razón para un tratamiento igual o no-igual, rasgos que han de ser simultáneamente la condición de aplicación, y el fundamento de la consecuencia jurídica⁸¹.

A la hora de regular y satisfacer los derechos sociales, el ordenamiento estima a priori que todos los sujetos que están en una situación igual han de tener el mismo trato y, contrariamente, que cuando los sujetos están en situaciones distintas entonces el trato ha de ser diferente e igual en cada una de esas situaciones. Así afirmamos que la regla general es la igualdad, debiendo señalar cómo y a quién se establecen las excepciones a la hora de elaborar, interpretar y aplicar igualitariamente el ordenamiento jurídico⁸². El principio de igualdad, por consiguiente, no es absoluto, es relativo en función de las circunstancias que concurren. Los criterios que en un principio se podían tener en cuenta eran los de naturaleza objetiva, es decir, los que no se refirieran a aspectos subjetivos, tales como el nacimiento, la raza, el sexo, la lengua y la religión, soliendo finalizar con un concepto indeterminado “cualquier otra condición personal o social”.

Pero, hoy, la igualdad se ha objetivado y se estima como una técnica destinada a eliminar todos los problemas de falta de armonización en el seno del ordenamiento jurídico⁸³. Lo que se ha producido es la necesidad de reinterpretar la igualdad formal, de

⁸⁰ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., “Los derechos de las mujeres”, en BALLESTEROS, J. (ed.), *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 156 y ss.; PÉREZ LUÑO, A.-E., *Dimensiones de la igualdad*, edic. a cargo de R. González-Tablas Sastre, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2007, pp. 36 y ss.

⁸¹ PRIETO SANCHÍS, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en ID., *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1998, pp. 82 y ss.

⁸² SANTAMARÍA IBEAS, J. J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, Universidad de Burgos-Dykinson, Madrid, 1997, pp. 284 y 300.

⁸³ SUAY, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, cit., p. 29.

modo que la sustancial se convierte en presupuesto de la formal y la dota de un contenido material, llevando a interpretar este hecho como una aparente derogación de aquella, sin embargo, solo es en apariencia porque lo que se hace es tratar diversamente situaciones que de hecho son diferentes⁸⁴.

De esta manera, se puede esgrimir que habría que aplicar preferentemente el derecho a un trato no-igual frente a la igualdad formal, lo que ocurriría cuando en el supuesto de juzgar no existieran otros principios constitucionales que fueran prioritarios frente a tal derecho y se podría sostener que la igualdad material es un valor que hay que proteger en el juicio de igualdad, estableciéndose la necesidad de efectuar un juicio más riguroso en el caso de que se implicaran factores referentes a ciertos grupos especialmente vulnerables, conforme a lo previsto en el artículo 9.2 de la Constitución española. Lo dicho se debe a que el citado precepto puede justificar que el legislador emplee como criterios de distinción los que están prohibidos en el art. 14 del mismo texto legal, si lo que se pretende es llevar a cabo una política promocional de las personas o grupos en las que concurren esas circunstancias que se entienden agravan su desenvolvimiento en la sociedad⁸⁵.

Ahora bien, la pregunta que procede hacerse desemboca en cuál es el fundamento de la igualdad material en el discurso de los derechos sociales, radicando la respuesta en las necesidades humanas -bien que no es negociable, o estado que plasma circunstancias no negociables y no encaminadas hacia ninguna otra alternativa-, significativas de una manifestación de la capacidad del ser para vencer los límites de su existencia⁸⁶. Los que no tienen aseguradas las necesidades básicas ven protegida la satisfacción de esas necesidades en forma de derechos⁸⁷. En suma, una necesidad humana se identifica por el daño que produce a la persona su no satisfacción⁸⁸.

⁸⁴ Ibidem, p. 33.

⁸⁵ PUMAR BELTRÁN, N., *La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social*, prólogo de M. R. Alarcón Caracuel, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 115 y 116.

⁸⁶ AÑÓN ROIG, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 191 y 193.

⁸⁷ Ibidem, pp. 265 y 266; CONTRERAS PELÁEZ, F. J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos-Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1994, pp. 52 y ss.

⁸⁸ ZIMMERLING, R., "Necesidades básicas y relativismo moral", *Doxa*, n.º 7, 1990, p. 51. Ver también MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Políticas de bienestar. Un estudio sobre derechos sociales*, Tecnos-Universidad de la Rioja, Madrid, 1998, p. 166.

En el plano de los derechos sociales, nos hemos de preguntar qué distribución es justa por permitir dar compensaciones adecuadas, a causa de que la frontera entre la igualdad jurídica prevista en las leyes y la actuación de los poderes públicos para alcanzar la igualdad material no es clara⁸⁹. Sin embargo, es difícil precisar “cuándo se está cumpliendo con el principio de igualdad”; “cuándo se transgrede la igualdad formal con el objetivo de conseguir la material”; o “cuándo se respetan escrupulosamente los contornos tradicionales del trato formalmente igualitario”⁹⁰.

3. LA CONEXIÓN ENTRE LOS VALORES DE LA LIBERTAD, LA IGUALDAD Y LA SOLIDARIDAD COMO FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS SOCIALES Y SU INCIDENCIA EN LA OPERATIVIDAD DE LOS MISMOS

Aunque de forma habitual se acostumbra a pensar que el fundamento de los derechos sociales radica en el valor de la igualdad, realmente hemos de ir más allá recurriendo también a la libertad y la solidaridad.

Asumido este punto de partida, es cierto que los fundamentos de los derechos a la libertad y la igualdad tienen características que las diferencian la una de la otra, pero no son contrapuestas ni están en conflicto. En los Estados liberales el eje central es el individuo, siendo la libertad indispensable a la hora de realizar la autonomía moral. Un liberalismo radical produce el sacrificio de la igualdad a favor de la libertad, y, viceversa, el socialismo extremo sacrifica la libertad. La igualdad y la libertad son complementarias y no se pueden entender la una sin la otra, si bien son distinguibles. La igualdad puede revestir ciertas restricciones de la libertad para algunas personas, pero hace libres a aquellas que sin una acción de los poderes públicos nunca podrían desarrollar niveles de autonomía personal adecuados y dignos en una sociedad. Por tanto, la igualdad desarrolla y hace realidad la libertad de una mayoría; en la relación libertad-igualdad, la solidaridad juega un papel crucial de unión entre una y otra para hacerlas reales⁹¹, consiguiendo hacer menos visibles las diferencias entre los miembros

⁸⁹ TORRE, R. de la, “Propiedad, libertad y derechos en una economía competitiva”, *Isonomía*, n.º 2, 1995, pp. 29-34, y especialmente las pp. 31 y 32.

⁹⁰ GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 52 y 53.

⁹¹ SQUELLA, A., “Libertad e igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. VI, 1989, pp. 255-256.

de la sociedad, sin caer en un igualitarismo a ultranza que elimine la libertad en la sociedad.

La solidaridad hace que haya una acción especial para poder proteger a ciertos colectivos⁹². En el mundo actual dominado por la globalización, no cabe duda de que prima el individuo y lo individual tendente al bienestar y alejado del tejido social. En esta sociedad priman: la liberalización, la desreglamentación y la privatización, por lo que, en contrapartida, es necesario establecer criterios de justicia, garantizando derechos y defendiendo el Estado de bienestar sustentado en la ciudadanía social y en la solidaridad, cuyos objetivos son: la reducción de la pobreza y de la marginación social; la protección en circunstancias de incertidumbre económico-social; y la garantía de los derechos básicos individuales, sociales y de solidaridad⁹³.

La crítica es la de que, tenido en cuenta que una distribución igual no es siempre justa, la distribución que posibilita el ejercicio de derechos iguales sí lo es ante el problema de la escasez de bienes; corrigiendo los axiomas precedentes por la confluencia de que todos tienen derecho a un nivel de vida mínimo, y los bienes deben distribuirse de manera que se satisfaga un derecho igual, según los conceptos de *nivel mínimo de vida*, *calidad de vida*, *necesidades básicas* y *niveles vitales*⁹⁴. Para circunscribir la igualdad material entre el individualismo y el colectivismo como fundamento de los derechos sociales, debemos sostener que se sitúa en el plano de la igualdad para poder llegar a la meta. La igualdad material, como igualdad de trato material, pretenderá llegar a la libertad moral, sin olvidar el uso apropiado de la social, política y jurídica y de los derechos que en ella se fundan⁹⁵.

⁹² PECES-BARBA, G., con la colaboración de Asís, R. de, Fernández Liesa, C. R. y Llamas Cascón, Á., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Boletín Oficial del Estado-Universidad Carlos III de Madrid, 1999, p. 287.

⁹³ VIDAL GIL, E. J., *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 80-93. Cfr. sobre el tema, LUCAS, J. de, *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, D. F., 1998; y PRESNO LINERA, M. A., *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

⁹⁴ QUINTANA BRAVO, F., *Prudencia y justicia en la aplicación del Derecho*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 33 y ss.

⁹⁵ PECES-BARBA, G., con la colaboración de Asís, R. de, Fernández Liesa, C. R. y Llamas Cascón, Á., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 289 y 290. Cfr. también GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., pp. 45 y 46; PISARELLO, G., *Los derechos y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

Y es que se debe atribuir al discurso de la efectividad de los derechos sociales que la consecución de la igualdad fáctica por diferenciaciones o desigualdades jurídicas no se obtiene solo con prestaciones. Además, para saber si una cosa es igual se ha de valorar relacionamente, esgrimidos los criterios que detallen si hay razones para un trato diverso. La clave reside en decidir qué desigualdades fácticas son alegables, y si aquellas tienen fuerza para concretar una razón suficiente a la hora de instaurar otro trato en la cuestión de los derechos sociales⁹⁶.

⁹⁶ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, M. I. (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, Alcalá de Henares (Madrid), 2009, pp. 143-166; PRIETO SANCHÍS, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., pp. 81, 84 y 90.

EL DERECHO AL TRABAJO EN LAS SOCIEDADES SIN EMPLEO COMO PRINCIPAL PROBLEMA

JOSÉ LUIS REY PÉREZ
Universidad Pontificia Comillas-ICADE

1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO AL TRABAJO EN EL CAPITALISMO DEL SIGLO XXI

Tradicionalmente, el derecho al trabajo se consideró como uno de los derechos sociales centrales, en especial, en lo que se conoce como sociedades del bienestar que se desarrollaron en Europa y en Estados Unidos tras la II Guerra Mundial y durante las tres décadas de crecimiento económico sostenido. En esta época, se llegó a hablar de pleno empleo, con unas tasas de paro bastantes reducidas, aunque la realidad era que había muchos sectores de la población que quedaban fuera de las estadísticas como, por ejemplo, las mujeres que no se habían incorporado nada más que parcialmente al mercado de trabajo. Esta situación terminó con la crisis económica vivida en los años 70, conocida como la crisis del petróleo de 1973, que fue más que una simple crisis monetaria una auténtica crisis de legitimidad que vino a cuestionar el modelo social basado en el empleo construido en las sociedades de bienestar.

Desde entonces en los países industrializados se han sucedido fases de expansión y contracción económica, que ampliaban o reducían las tasas de ocupación de la población, pero no se ha logrado volver a alcanzar ese sueño (nunca conseguido y que existió más en nuestro imaginario que en la realidad) del pleno empleo poniéndose de manifiesto no solo que existe un desempleo estructural y no meramente coyuntural que es muy difícil eliminar de las economías, sino también que el modelo del bienestar basado en un trabajo orientado a un capitalismo productivo de consumo y destrucción de bienes constituye un modelo acabado al que hay que encontrar un sustituto aunque ello no interese a determinadas élites económicas.

La crisis financiera iniciada en 2008 que ha sumergido al mundo entero, y en particular a las economías occidentales, en una debacle económica ha acentuado el debilitamiento del derecho al trabajo y, por extensión, de los derechos laborales que protegen la posición del trabajador. Si en el modelo del bienestar el empleo servía como el principal instrumento de cohesión de las sociedades alcanzándose un equilibrio entre mercado y participación social, entre libertad e igualdad, siendo así el vehículo que las vertebraba y lograba una mayoritaria inserción social, desde los años 90 asistimos al efecto contrario: el mercado laboral provoca fracturas y dualidades.

De hecho, los sociólogos del trabajo señalan que los dos rasgos que caracterizan ahora el mercado de trabajo son la *flexibilidad* y la *dualización*. Flexibilidad, porque todas las reformas legislativas llevadas a cabo se orientan a convertir el trabajo en una mercancía adaptada a las fluctuaciones de la demanda, lo que se concreta en recortar los derechos laborales: abaratamiento del despido, abandono de las negociaciones colectivas y su sustitución por un modelo de contrato individual entre el trabajador y el empresario, alargamiento de las jornadas en muchas ocasiones sin contraprestación económica, contratos discontinuos, incremento de la temporalidad, etc. Dualización⁹⁷ porque el mercado se quiebra entre distintos grupos y sectores de los trabajadores. Por un lado, tenemos a los que están dentro del mercado de trabajo y por el otro a aquellos que están fuera, que se han quedado al margen de una posible inserción laboral: desempleados de más de 45 o 50 años, desempleados desanimados que tras realizar búsqueda de trabajo sin éxito, la abandonan, personas que pierden su derecho a recibir cualquier tipo de prestación y se van deslizando por la pendiente de la exclusión social.

Hoy en día, en Europa, la crisis del trabajo es una crisis de exclusión social; por eso los índices de exclusión se incrementan. Pero incluso dentro de los que están en el mercado laboral, se observan dualidades, divisiones entre aquellos que gozan de un contrato de trabajo permanente, con las tradicionales garantías y acompañados de los derechos laborales, y aquellos que se mueven en las fronteras del mercado laboral, con frecuentes entradas y salidas, encontrándose siempre en un clima de inseguridad e incertidumbre y que son los que, según algunos autores constituyen una nueva clase

⁹⁷ Vid. ÁLVAREZ ALEDO, C., "Nuevas dualidades del mercado laboral", *Sistema*, n.º 140-141, 1997, pp. 189-203.

social: el *precariado*⁹⁸, una clase que no para de crecer. Y también dentro de aquellos que tienen unas condiciones laborales óptimas, se aprecia una fractura, porque muchos saben que esa situación de ventaja puede terminarse en cualquier momento y se produce así el fenómeno que los sociólogos del trabajo vienen indicando desde hace algún tiempo, el *presentismo*, cuando teniendo derecho a una baja, los trabajadores no la piden, lo que les puede ocasionar ulteriores y más graves problemas de salud⁹⁹. Y los que parecían estar a salvo de estas condiciones, que eran los funcionarios, se ven ahora con la crisis financiera también afectados por la precarización: se alargan sus jornadas, se reducen sus sueldos y la amenaza del despido planea sobre sus cabezas cuando no ha tenido ya lugar como ha ocurrido recientemente en Grecia. Castel explica que “entre la zona de vulnerabilidad y la de integración hay también un intercambio, una desestabilización de los estables, trabajadores cualificados que pasan a ser precarios, ejecutivos bien considerados que se convierten en desempleados”¹⁰⁰. Y Himmelstrand, en el mismo sentido, habla de “un nuevo tipo de apartheid entre un sector “formal” de especuladores de los movimientos de capitales y de empleados muy cualificados, por una parte, y desempleados “informalmente trabajando” y otros desempleados indiferentes, que no trabajan y que difícilmente sobreviven, por otra”¹⁰¹. Hoy la precariedad se ha convertido en la relación laboral estándar.

Todo esto ocurre en un contexto donde la economía y las relaciones entre el capital y el trabajo se han visto alteradas. En el capitalismo productivo de después de la II Guerra Mundial, se dio un cierto equilibrio entre capital y trabajo; equilibrio que no quiere decir que la posición de preminencia y de dominio no la ostentara el primero, sino que este era consciente de que para obtener los márgenes de beneficio deseados se hacía necesario mantener una cierta capacidad de consumo en la clase trabajadora. Esto, unido a la amenaza del comunismo característica de la guerra fría, ayudó a la consolidación del reconocimiento y garantía del conjunto de los derechos laborales que caracterizó a las sociedades del bienestar. La globalización financiera que se vive sobre todo a partir de los años 90 del pasado siglo, termina con ese equilibrio que ya se había

⁹⁸ Vid. STANDING, G., *The Precariat. The New Dangerous Class*, Bloomsbury, Nueva York, 2011.

⁹⁹ STANDING, G., *Global Labour Flexibility. Seeking Distributive Justice*, MacMillan, Londres, 1999, p. 188.

¹⁰⁰ CASTEL, R., *La metamorfosis de la cuestión social, Una crónica del salariado*, trad. de J. Piatigorsky, Paidós, Barcelona, p. 447.

¹⁰¹ HIMMELSTRAND, U., “Soluciones sin problemas y problemas con o sin solución en el trabajo, en los mercados y en el Estado”, *Sistema*, n.º 140-141, 1997, pp. 29-30.

comenzado a erosionar con la crisis de los 70. Y lo hace gracias a que cada vez más un mayor volumen de riqueza se origina no en actividades de producción de bienes o de oferta de servicios, sino en operaciones de especulación con complicadas operaciones financieras.

Eso trastoca el equilibrio entre producción y consumo e introduce un elemento de especulación que se ha venido extendiendo a las divisas, al sector inmobiliario y los productos financieros y a la deuda de los Estados. Es el capitalismo financiero que ha adquirido un protagonismo relevante y que ha logrado, con la crisis del 2008, poner contra las cuerdas a los Estados, poniendo de manifiesto cómo conceptos clásicos de la teoría de la democracia, como la idea de soberanía o de la voluntad popular, han pasado a ser una superestructura que no explica el funcionamiento de la infraestructura, donde los intereses de las agencias de calificación y de los dueños de los capitales que se mueven a lo ancho y largo de los mercados del mundo (mercados que no es que no estén regulados, es que lo están en favor de sus intereses) día tras día son los que acaban por marcar la agenda política y económica.

Esto ha puesto fin al equilibrio entre el capital y el trabajo; ahora la balanza se ha inclinado definitivamente del lado del primero y por eso, son estos intereses, son esas agencias las que reclaman a las antiguas sociedades del bienestar que dismantelen sus servicios y prestaciones, que se erosionen hasta quedar vacíos de contenido el conjunto de los derechos sociales y que el derecho al trabajo se entienda no como un derecho sino como un deber, el deber de trabajar. Esto no es casual, sino que responde a una ideología que lleva expandiendo sus tesis desde los años 90: la ideología neoliberal que no solo niega el estatuto jurídico de derecho a los derechos sociales, es que ni siquiera parece preocuparle la libertad, ni tan siquiera la libertad de mercado, pues el mercado tiene que estar regulado en favor de los intereses de lo que los controlan con lo que ni hay igualdad de oportunidades ni igualdad de competencia. En este contexto, ¿qué sentido tiene hablar del derecho al trabajo?

2. SENTIDOS DEL DERECHO AL TRABAJO

Tradicionalmente el derecho al trabajo se ha interpretado siempre como el derecho a un empleo, a una ocupación y, paralelamente, también como un deber y una obligación de contribuir con una actividad laboral al desarrollo y sostenimiento de la

sociedad. Por ejemplo, nuestra Constitución de 1978 en el artículo 35 habla de derecho y de deber: “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”. Sin embargo, el derecho al empleo se ha venido formulando jurídicamente siempre como principio y no como regla, como un mandato de optimización, un objetivo general que debería regir la tarea de cualquier gobernante, y no como una norma jurídica que tiene sus condiciones de aplicación establecidas de forma cerrada, como un mandato de resultado. En parte, porque desde una perspectiva liberal, se entendía que asegurar y garantizar de esta forma el empleo llevaría a una nacionalización de toda la economía siguiendo el modelo que había estado presente en los países del bloque comunista antes de la caída del muro de Berlín en 1989: “si la agencia estatal de empleo elevase los salarios de los trabajos del sector público para evitar el estigma que afectaría a quienes los desempeñasen, los empleadores privados tendrían que hacer lo mismo, elevar los salarios y, en consecuencia, reducir la demanda de trabajo. Teóricamente, el proceso seguiría hasta que todas las empresas privadas fueran expulsadas del sistema”¹⁰².

No obstante, y al menos a nivel académico, ha habido intentos por conceptualizar el derecho al empleo como regla. Así, un grupo de autores norteamericanos hablan de la creación directa de empleos y sostienen que cuando no haya vacantes en el sector privado, el Estado debe asumir un papel activo y crear puestos de trabajo ligados sobre todo a actividades de cuidado que se suelen realizar en la esfera privada y que no obtienen un reconocimiento mercantil, lo que en el ámbito anglosajón denominan con el nombre genérico de *care work*. Así el Estado llevaría a cabo una creación directa de puestos de trabajo que remuneraría y cuyas condiciones no serían especialmente generosas para evitar la competencia entre el sector privado y el sector público (y la migración de trabajadores del primero al segundo) pero que tampoco supondría precariedad pues estos autores defienden al mismo tiempo unas condiciones laborales de mínima dignidad para todos¹⁰³. No obstante, aunque se han

¹⁰² ELSTER, J., “Is There (or Should There Be) a Right to Work?”, en GUTMANN, A. (ed.), *Democracy and the Welfare State*, Princeton University Press, Princeton, 1988, p. 74.

¹⁰³ Vid. por todos HARVEY, P., “Direct Job Creation”, en WARNER, A. (ed.), *Commitment to Full Employment: The Economics and Social Policy of William S. Vickrey*, M. E. Sharpe, Armonk, 2000, pp. 35-54.

ensayado en algunas partes esta provisión de empleos públicos, la ideología neoliberal dominante presiona por eliminar el gasto público y por ello no se han puesto en práctica estas ideas. Por otra parte, esta concepción arranca de la identidad entre empleo y trabajo y quizá sea esta identidad la que merece revisión, porque si bien es cierto que parece que en las sociedades postindustriales ya no hay empleo para todos debido, por un lado, al aumento de la población mundial de manera constante y, por otro, a los avances tecnológicos que llevan a que las máquinas replacen ahora lo que antes era trabajo humano, lo que sí parece que sigue habiendo es trabajo si lo entendemos como algo más amplio que el empleo.

Al final, el empleo es un concepto mercantil, es toda aquella actividad que demanda algún mercado y a cambio de la cual se obtiene un salario. Trabajo, en cambio, supone la realización de una actividad en la que se ponen en juego las capacidades físicas e intelectuales y que conlleva directa o indirectamente una interacción con los demás¹⁰⁴. Entender el trabajo tan solo en sentido productivo como se hace desde el liberalismo reduciéndolo así al empleo supone una visión restrictiva y poco enriquecedora. Trabajo habría que entenderlo en un sentido reproductivo ya que trabajando el ser humano se relaciona con los demás y alcanza una posición significativa en la sociedad. Por eso, como señala Castel, “la precarización del empleo y el aumento del desempleo constituyen sin duda la manifestación de un déficit de lugares ocupables en la estructura social si entendemos por “lugar” una posición de utilidad social y reconocimiento público”¹⁰⁵.

Si partimos de este concepto reproductivo, necesariamente el concepto de derecho al trabajo debe formularse porque cuando se identifica derecho al trabajo con derecho al empleo se confunde el medio con el fin. En las sociedades del bienestar el empleo era el medio adecuado para lograr la inserción y el reconocimiento social de los miembros de la comunidad política. Ocupando un empleo la persona tenía una visibilidad y una posición de significancia en ese grupo social. Hoy el empleo ya no cumple esa función porque, como se ha indicado antes, genera grietas y fracturas, que quizá no se puedan evitar aun cuando se decidiera mantener la protección tradicional

¹⁰⁴ Vid. REY PÉREZ, J. L., *El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Dykinson, Madrid, 2007.

¹⁰⁵ CASTEL, R., *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, cit., p. 416.

que han venido ofreciendo el conjunto de los derechos laborales, entre otras cosas, porque son el contexto y las circunstancias sociales, económicas y tecnológicas las que se han modificado. Por ello, se debe entender el derecho al trabajo como el derecho a llevar a cabo una actividad significativa que permita ocupar un puesto en la sociedad y aportar algo a ella, de acuerdo con uno de los principios básicos de cualquier esquema de justicia social, que es el principio de reciprocidad. El derecho al trabajo, el valor moral que este derecho trata de proteger y que es la razón por la cual se ha incluido en los textos de reconocimiento de derechos, empezando por la Declaración universal de 1948 y siguiendo por un buen número de textos constitucionales, es el de la inserción y el reconocimiento social, el derecho a ocupar un puesto y una posición significativa en el grupo social del que se forme parte. Entender así el derecho al trabajo, en este sentido reproductivo, debería implicar profundas reformas en nuestros sistemas para materializar y hacer efectivo el derecho y que no se quedara en mera declaración formal.

3. LOS TRABAJADORES POBRES

El empleo en nuestros días ya no sirve para lograr la inserción social, ni tan siquiera sirve para salir de la pobreza. En Estados Unidos se viene observando desde hace años el fenómeno de los *working poors*, trabajadores que ocupan dos o más empleos y que, sin embargo, no superan el umbral de la pobreza¹⁰⁶. Si antes poseer un empleo era estar asegurado frente al riesgo de pobreza, hoy hay gente que pese a tener una ocupación no consigue salir de la situación de pobreza debido al deterioro de las condiciones laborales, la reducción de los salarios y el incremento del coste de vida. Este fenómeno, con la crisis de 2008, ha comenzado a extenderse en Europa: en 2010, un Informe de la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo señalaba que en los países de la Unión Europea un 8% de la población entraba dentro de la categoría de trabajadores pobres. Esta categoría se define de la siguiente forma: “trabajadores pobres son aquellos que se encuentran empleados pero cuyos ingresos disponibles les sitúan en riesgo de pobreza. Se considera empleado todo aquel que haya estado trabajando por lo menos la mitad del año y el riesgo de pobreza se define como aquella situación en la que los ingresos no alcanzan el 60% de la media

¹⁰⁶ Vid. SCHIPLER, D. K., *The Working Poor. Invisible in America*, Vintage Books, Nueva York, 2005.

nacional de ingresos”¹⁰⁷. El informe citado también señalaba las diferencias existentes entre los países miembros, ya que mientras que el % de trabajadores pobres alcanzaba el 14% en Grecia, 12% en Polonia u 11% en España, en Bélgica, Dinamarca o Malta se situaba en el 4%. Todo hace pensar que con la crisis financiera estos datos han empeorado debido a la contención, cuando no disminución salarial y al incremento del coste de vida.

Este fenómeno no quiere decir que el empleo no reduzca el riesgo de encontrarse en situación de pobreza. Obviamente, los desempleados y, sobre todo, el desempleo prolongado en el tiempo, es la puerta de entrada a la pobreza y a la exclusión social. Pero sí discute que tan solo con empleo, independientemente de cuál sea su calidad, se logre el objetivo de eliminar la pobreza e incrementar el bienestar de la población. Por ejemplo, en España en la década de crecimiento económico y de tasas del empleo (de 1996 a 2007) la pobreza no se redujo y las desigualdades sociales se mantuvieron o incrementaron¹⁰⁸. Si no se acompaña la creación de empleo de medidas que protejan e incrementen su calidad, este por sí solo no logra nada. Desafortunadamente las políticas seguidas en Europa en los últimos cuatro años van en la dirección contraria, pues lo que se ha venido haciendo es recortar los derechos laborales y disminuir la calidad del empleo que sigue siendo temporal y de poca calidad pese a que discursivamente se sostenga que las reformas están orientadas a lo contrario.

Por otra parte, esta situación viene acentuada por una serie de características o de condiciones personales. Las mujeres tienen más posibilidades de ser trabajadores pobres dada la diferencia salarial que aun hoy sigue existiendo entre varones y mujeres; algo parecido ocurre con la edad: cuando los trabajadores alcanzan una determinada edad y no han conseguido un puesto de trabajo estable o habiéndolo tenido lo pierden, se ven en una situación en la que ocuparán empleos por los que recibirán escasa remuneración y en ocasiones sin estar adaptados a las condiciones y requisitos de esos empleos. Por otro lado, también la formación tiene su incidencia en este riesgo: cuanto menor sea el nivel educativo alcanzado más posibilidades se tienen de tener un empleo

¹⁰⁷ VV.AA., *Working Poor in Europe*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublín, 2010. Disponible en <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2010/25/en/1/EF1025EN.pdf> (última consulta, 1 de diciembre 2012), p. 1.

¹⁰⁸ Vid. VV.AA., *VI Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2008*, Fundación FOESSA, Madrid, 2008.

cuyos ingresos no permitan alcanzar el umbral de la pobreza. Asimismo, la composición del hogar tiene una incidencia directa: mujeres solas o con personas mayores o discapacitadas a su cargo tienen muchas más posibilidades de convertirse en trabajadores pobres.

Estos empleos se concentran asimismo en determinados sectores: es más probable que estemos en presencia de trabajadores pobres cuando nos encontramos con personas que tienen su propio pequeño negocio o trabajan en un negocio familiar frente a aquellos que tienen un contrato indefinido. Sin duda, tal y como se viene señalando por parte de los representantes de los trabajadores, un instrumento que evitaría el fenómeno de los trabajadores pobres sería contar con un salario mínimo regulado por ley. Sin embargo, los autores liberales siempre se han opuesto al establecimiento del salario mínimo argumentando que incrementa las tasas de desempleo. Independientemente de que esto no es necesariamente cierto, tampoco lo es que únicamente el establecimiento del salario mínimo previene el fenómeno de los empleados pobres. Todo dependerá del nivel del salario mínimo (esto es, que este salario se sitúe por lo menos en el umbral de la pobreza, o preferentemente por encima de él) y del grado de empleo a tiempo parcial o discontinuo que exista. Ya que aunque el nivel del salario mínimo se sitúe en el umbral de la pobreza, si existe una alta temporalidad o parcialidad en el tiempo de trabajo, es posible que persista la situación de pobreza.

4. DESEMPLEO JUVENIL

Otro de los rasgos de la época de crisis financiera que estamos viviendo es la negación del derecho al trabajo que sufren especialmente los jóvenes. En países como España las tasas de desempleo juvenil son particularmente elevadas, superando el 50%. El problema del desempleo juvenil, si entendemos el derecho al trabajo no únicamente como derecho al empleo, sino como derecho a la inserción y al reconocimiento social, es particularmente grave pues manifiesta y pone sobre la mesa una ausencia de lugares ocupables para los más jóvenes que pueden ver pasar los años con largas temporadas en el paro y con trabajos temporales, precarios y carentes de estabilidad: “frente al profesional con una carrera burocrática por delante que representa el perfil básico del capitalismo del bienestar keynesiano, el actual licenciado universitario tiende a adoptar la figura del *microsiervo*, sumiso al capitalismo globalizado; disponible y plegado a un

modelo con cada vez mayor movilidad funcional, tecnológica y territorial, y en el que las burocracias, estabilizadas por el Estado de bienestar se sustituyen por un personal deslocalizado, fragmentado y desidentificado laboralmente”¹⁰⁹. Esta situación tendrá efecto a largo plazo, pues estas personas no tendrán en su haber los años suficientes de cotización para tener derecho a una pensión lo suficientemente digna. Con lo que el problema del desempleo juvenil de hoy se traducirá dentro de 30 o 40 años en un problema de pobreza en la tercera edad sobre todo si se mantiene la tendencia que endurece y aumenta el número mínimo de años necesarios para poder acceder a una pensión. Se echa en falta una respuesta política a un problema que lo es ya en el corto plazo pero que lo será todavía más en el largo.

Una solución a esta situación pasa por, siguiendo la estrategia contraria a las líneas neoliberales que inspiran las políticas sociales hoy en día en toda Europa, universalizar el derecho a la pensión, al menos en un tramo. Esto es, reconocer una pensión universal mínima superando la distinción entre pensiones contributivas y no contributivas que fuera financiada con cargo a los impuestos y no con cargo a las cotizaciones, en una cantidad suficiente como para alcanzar y superar el umbral de la pobreza a la que con posterioridad se podría sumar la cantidad correspondiente por los años cotizados por cada uno de los trabajadores, respondiendo este segundo tramo a la lógica del seguro. Sin duda, en el camino de aseguramiento y de garantía de los derechos sociales, parece necesario ir construyendo cada vez más sistemas de garantía universales frente a los sistemas de garantía selectivos, camino que exige ir abandonando la lógica del seguro que está presente en las pensiones por una lógica de garantía universal de los derechos. Esto conllevará una reforma de las formas de financiación y un profundo cambio financiero y fiscal. Un camino inverso al que se está siguiendo en las reformas que se vienen llevando a cabo donde, por ejemplo en España, la lógica del seguro se ha reintroducido en la protección de la salud cuando esta se había abandonado hace tiempo.

¹⁰⁹ ALONSO, L. E., *Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*, Trotta-Fundación 1.º de Mayo, Madrid, 1999, p. 228.

PROPUESTAS Y RECOMENCACIONES

1. Normar de forma más eficaz los derechos sociales: conectándolos con deberes de cumplimiento

El objetivo de esta propuesta es incrementar el elemento “eficacia” de aquellos derechos sociales que están reconocidos en la Constitución y en la legislación ordinaria, pero que, sin embargo, han sido normados como derechos débiles incluso como no-derechos. Para lo cual se propone que la juridificación de una pretensión social justificada que es elevada a la categoría de derecho subjetivo se haga acompañar de un “entramado normativo” que incluya los mecanismos de su protección y garantía, y en el que el legislador diseñe de forma clara los *deberes jurídicos* correlativos a los *supuestos de hecho* que incluye el contenido del derecho social, así como los *sujetos* a los que se impone la *obligación de cumplimiento* (generalmente, los *poderes públicos* la obligación de facilitarlos a sus titulares; y la *sociedad civil* la obligación de financiarlos).

Dichos mecanismos de garantías y su correlativo deber de cumplimiento por parte de a los que les correspondan estarán respaldados por algún tipo de *sanciones* determinadas por el legislador. El objetivo es que los derechos sociales no dependan de la buena voluntad del poder político para ser verdaderos derechos. Es decir, que no se reduzcan a un programa político que se cumple en la medida en que venga bien; ni que acaben convertidos en meros deseos, objetivo, fines, etc., de la población o de una parte de ella, pero en nada más.

2. Normar de forma más eficaz los derechos sociales: integrándolos en la categoría de derechos subjetivos fundamentales

El objetivo es el mismo que la anterior propuesta para lo cual se propone ahora *actualizar* la lista de derechos fundamentales de la Constitución -a través de algunas de las vías que se relatan a continuación-, con el fin de incluir en la *categoría jurídica* de “derecho subjetivo fundamental” a derechos sociales *nucleares*, dado que dicha lista se ha quedado desfasada ante la complejidad de la realidad cambiante de una sociedad en el siglo XXI.

Hay *dos argumentos* de peso que apoyan esta propuesta en el caso español: la *conexión directa* de los derechos sociales con el *valor constitucional supremo* de la “dignidad humana”; y la conexión asimismo directa de los derechos sociales con el “valor jurídico-constitucional” de la *igualdad*, respecto al cual constituyen uno de los principales mecanismos para su realización.

Por tres vías diferentes puede alcanzarse este objetivo:

La *primera vía* es la *reforma de la Constitución*. La reforma del texto constitucional es ciertamente compleja dados los procedimientos de reforma rígidos con los que el legislador constituyente configuró esta temática en la Carta Magna.

La *segunda vía* es la *legislación ordinaria*. La legislación ordinaria dotaría a los derechos sociales, sean constitucionales o meramente legales, de un haz de garantías reforzadas similares a las que gozan los derechos fundamentales por mandato constitucional. El punto débil de esta vía es que depende de la buena voluntad del legislador de turno para activarla.

Y la *tercera vía* es la *vía judicial*. A través del “argumento de la conectividad”, según el cual la *conexión nuclear* que puede establecerse entre una *pretensión social justificada* y el *contenido* de un *derecho fundamental* constitucionalmente reconocido va a impregnar con la cualidad de ese derecho fundamental a aquella pretensión social, incorporando sus contenidos al contenido del derecho fundamental y, por consiguiente, beneficiándose aquella pretensión social de las garantías especiales de protección de las que goza en la Constitución dicho derecho fundamental. Por ejemplo, el “derecho al trabajo” con el “libre desarrollo de la personalidad”; el “derecho a una vivienda digna” con el “derecho a la vida” como *vida digna*.

En todo caso, sea por una u otra vía, integrar los derechos sociales en la categoría jurídica de derechos fundamentales persigue el objetivo de elevar a derecho “fundamental” en la *ley* lo que es un “fundamental” derecho en la *vida* (digna) de las personas.

3. Dar eficacia normativa al Estado social de Derecho que proclama la Constitución española, equilibrando la garantía fuerte de la que gozan los derechos de libertad a fin de que la Constitución española de 1978 no se reduzca en la praxis a la institucionalización de un Estado liberal de Derecho, tal como pudiera desprenderse de las directrices y actuaciones del poder político en la gestión de la actual crisis económica europea

No hay que olvidar que el *Estado social de Derecho* genera dos grandes “ámbitos de beneficios”. El primer gran ámbito de beneficios que produce el Estado social de Derecho tiene que ver con el “bienestar individual” de la población. De hecho, el Estado social de Derecho consiste propiamente en aumentar el bienestar de las personas a través de la fórmula: “otorgar más derechos”, esto es, asignándoles más derechos a la población y esos nuevos derechos son precisamente los *derechos sociales y económicos*, frente a los meros derechos individuales característicos del Estado liberal de Derecho que, sin embargo, no consiguieron generar el *mayor bienestar* para el *mayor número de personas*. En verdad, los derechos son “beneficios en bienestar” que el poder político asigna a la población a través de la Constitución o de la legislación.

El segundo gran ámbito de beneficios que genera el Estado social de Derecho viene a través de la conexión de los derechos sociales con uno de los principales *objetivos* de la Constitución: la *paz social*, que, por ejemplo en la Constitución española, es un fin muy significativo a perseguir por la Carta Magna. La *paz social* está unida a una vida digna y a que las personas disfruten en armonía colectiva de sus derechos a partir de vivir con una mínima dignidad.

Por tanto, bienestar para la población y paz social como dos grandes ámbitos de beneficios que aporta el Estado social de Derecho. Desde el punto de vista de la teoría de los derechos, hay pocas razones para no implementar ese modelo de Estado de Derecho, cuya primera exigencia es la de configurar normativamente derechos sociales eficaces. Hecho que exigirá el establecimiento de un *sistema fiscal progresivo* que *financie* los derechos sociales. Si ocurre, por el contrario, que a pesar de las anteriores razones el legislador articula derechos sociales *débiles, canijos, enclenques ..*, poco eficaces ..., es posible que este tipo de configuraciones normativas de los derechos sociales no se corresponda únicamente con un “defecto” del legislador (constituyente u ordinario), sino que estén relacionadas con visiones interesadas de carácter *ideológico*,

sea el caso de la no-defensa del Estado del bienestar, abogar por un sistema fiscal mínimo o el adelgazamiento del Estado social de Derecho en la medida que esté construido.

Reducir el *Estado de Derecho* -en el caso español- a un *Estado liberal de Derecho* no se corresponde con el mandato de lo que instaura la Constitución. En consecuencia, la recomendación es simplemente que *se cumpla* la Constitución y se dé virtualidad a la implementación de un Estado social de Derecho a través de derechos sociales eficaces que le den contenido real.

4. Superar y simplificar la complejidad que existe en la comprensión de la igualdad y los derechos sociales mediante la idea de que son conceptos que operan dinámicamente en la práctica

La preocupación sobre los derechos sociales y la igualdad sigue siendo de alto interés, aumentando con la grave crisis económica en la que estamos inmersos. Con este objetivo, se debe destacar su complejidad práctica, junto a las obligaciones que corresponden a los poderes públicos en el ámbito de su realización. Por otro lado, es relevante destacar la igualdad material en el discurso de los derechos sociales, esclareciendo los planos de interacción y los métodos superadores de la igualdad formal. Se debe ver también que la vinculación jurídica que se produce en virtud de los mandatos consustanciales al ejercicio y garantías de los derechos sociales se manifiesta en el fin programado, además de que las medidas que tienden a tal fin están protegidas frente a la posibilidad de que no se cumpla, o de que se cumpla de forma tan defectuosa que lo vacíe de contenido.

La citada complejidad se percibe en que, con los poderes de decisión tradicionales ordenados por normas de competencia exclusivas y excluyentes, juegan grupos de presión. A este esquema se adjuntan la sociedad civil y los organismos internacionales que crean y potencian nuevas relaciones.

Uno de los medios más eficaces es entender que se trata de conceptos dinámicos que actúan con efectos de transformacionales. Pero tampoco hay que olvidar que entre la igualdad de oportunidades y la de resultados hay una complementariedad que se trasluce en gran parte en la no-contradicción entre la libertad y la igualdad. La

consecución de la igualdad material justifica un trato diferenciado siempre que haya una desigualdad social, con la meta de reducirla o eliminarla obteniendo una sociedad más justa para que los grupos minoritarios no permanezcan marginados.

5. En la traducción de la igualdad material por parte de los derechos sociales, a la igualdad material tenemos que diferenciarla del igualitarismo y de la uniformidad, posibilitando la existencia de desigualdades cuando haya una justificación objetiva y un fundamento razonable

El igualitarismo pretende toda acción en contra de la desigualdad, pero reviste graves críticas en relación con la igualdad misma. Esto es teniendo en cuenta que una distribución igual no significa siempre que se trate de una distribución justa, no obstante, la distribución que posibilita el ejercicio de derechos iguales sí es una distribución justa, presentándose el problema cuando hay escasez de bienes. Lo que lleva a una corrección de los términos anteriores, confluyendo en “todos tienen derecho a un nivel de vida mínimo. Todos los bienes deben distribuirse de tal manera que se satisfaga un derecho igual”, plano en el que surge el concepto de nivel mínimo de vida, unido al de calidad de vida y enlazado con las necesidades básicas y con los niveles de vida.

En la igualdad material, los juicios de igualdad afirmativos y los negativos no son absolutamente simétricos. El que dos individuos, o clases de individuos, sean sustancialmente iguales se interpreta como que deben ser tratados del mismo modo. Es una directiva de política del Derecho cuyos destinatarios son los legisladores o los jueces.

6. De aquí que convenga deslindar las diferencias -características que diferencian y, simultáneamente, individualizan a las personas- de las desigualdades -disparidades entre sujetos originadas en los derechos patrimoniales y las posiciones de poder y sujeción-

No obstante las discrepancias, advertimos que los dos conceptos están unidos a los derechos fundamentales de libertad, en cuanto al igual respeto a todas las diferencias, y a los sociales, en cuanto derechos a la reducción de desigualdades. Móviles por los que Rawls insiste en que la estructura básica de la sociedad sea organizada de tal manera que las desigualdades en obtener bienes primarios de

bienestar, ingreso, poder y autoridad estén guiadas a producir el mayor beneficio para los menos aventajados en la obtención de bienes primarios.

Pero lo importante es que haya una igualdad en la satisfacción de necesidades básicas que permita contextualizadamente a todas las personas desenvolverse como agentes morales, con un índice que vendría a postular un *minimum*: el que la justicia exigiría satisfacer igualmente para todos. Creyendo que no estaría justificada ninguna acción que aumente la distancia con el mínimo aludido, aunque se produjeran globalmente mayores cotas de igualdad; el principio de diferencia justificaría todo tipo de acción que se consumara y que acercara al mínimo absoluto a las personas que se encontraran en un nivel inferior, a pesar de que el conjunto de medidas adoptadas supusieran una desigualdad superior (L. Hierro, 2002).

7. El derecho al trabajo debe entenderse no como el derecho a un empleo, sino como el derecho a la inserción y al reconocimiento social, el derecho a ocupar una posición en la sociedad llevando a cabo una tarea que resulte significativa y que permita interaccionar con el conjunto social aportando valor a ese grupo

Por esta razón, el empleo es solo un medio para lograr hacer efectivo este derecho pero hay que partir de que el trabajo es un concepto más amplio que el del empleo. En las sociedades tecnológicas y posindustriales nunca se van a alcanzar niveles de pleno empleo, en parte porque la tecnología es capaz de hacer muchas tareas de las que antes se encargaban personas, y en parte porque ha habido un aumento de la productividad que hace innecesario un gran número de empleos.

Esto nos obliga a replantear el sentido y el alcance del derecho al trabajo y de las políticas de empleo que se vienen siguiendo por todos los gobiernos. Si entendemos el trabajo en un sentido reproductivo y no meramente productivo, entonces se hace necesario otorgar un reconocimiento social a determinadas actividades que se realizan al margen del mercado y que no obtienen un reconocimiento mercantil (no son, por tanto, empleo) pero que aportan un enorme valor añadido a la sociedad donde se vienen realizando, como son todas aquellas actividades de cuidado que han estado invisibilizadas por la dualidad público/privado. Una concepción amplia del derecho al trabajo obliga a otorgar un reconocimiento a todas estas actividades al margen de lo que el mercado las valore pues el objetivo del derecho al trabajo, como cualquier derecho

social, es detraer del mercado la satisfacción de determinados bienes que son social y personalmente relevantes.

8. Es necesario establecer sistemas de garantía del derecho al trabajo que desliguen definitivamente la obtención de ingresos del empleo

Si se parte de un concepto reproductivo de trabajo, no puede ser el mercado el único agente encargado de asignar ingresos a los ciudadanos porque muchos trabajos que se vienen realizando quedan sin contraprestación. Por ello, el Estado debe jugar un papel y garantizar un mínimo de ingresos a la ciudadanía, más aún, en un contexto en el que ni siquiera contar con uno o varios empleos supone no estar en situación de pobreza.

En este sentido, son varias las estrategias que se pueden seguir: desde esquemas de flexiseguridad, donde se cubran los períodos sin empleo con una cantidad de ingresos más que aceptable que permita a las personas adquirir nuevas competencias y capacidades o realizar otro tipo de trabajos hasta las diversas propuestas de ingresos incondicionados y universales que se han hecho desde la academia conocidos como renta básica. Puede ser una renta incondicionada y universal durante un periodo de tiempo que cada cual decida cuándo disfrutar a lo largo de su vida, o una renta que se perciba de manera permanente desde la mayoría de edad hasta el fallecimiento a la cual se le sumen los otros ingresos que se pueden obtener en el mercado. Se trata, en definitiva, de desligar la percepción de ingresos del empleo y garantizar, con una garantía universal y no selectiva, el derecho a la inserción y al reconocimiento social. Todo ello, además, lograría equilibrar parcialmente la desigualdad ahora mismo existente entre el empresario y el trabajador y sería un instrumento para lograr poner fin a la exclusión social y la pobreza, que son los principales problemas a los que nos enfrentamos a comienzos del siglo XXI.

9. Otro aspecto importante para lograr la efectividad del derecho al trabajo es alcanzar un reparto del empleo existente

Garantizar los ingresos al margen del empleo puede permitir un reparto más equitativo del empleo existente, de forma que ya no sea necesario trabajar jornadas de 40 horas o más sino que el recurso empleo se pueda distribuir de manera más igualitaria y racional entre los miembros de una determinada sociedad. Frente a las políticas que se

están llevando a cabo que caminan en la dirección de exigir un mayor tiempo de trabajo, la escasez del empleo (en términos mercantiles) hace que sea necesario repartir este recurso de forma más equitativa permitiendo así la participación de los miembros de la sociedad que hoy están excluidos del mercado laboral, como las personas de edad más avanzada, las mujeres o los jóvenes. Todo esto implica que el Estado tiene que jugar un papel muy fuerte regulando los mercados de trabajo, preocupándose más que por la cantidad de empleo, por su calidad, y no dejando que sea el mercado (y, por tanto, los dueños del capital) los que decidan cómo debe ser la organización social del trabajo y del empleo. En los últimos tiempos no es que el mercado haya dejado de estar regulado (porque no hay mercado sin regulación) es que esta se ha reformado en perjuicio de la mayor parte de la población, esto es, el conjunto de los trabajadores.

10. Es preciso fomentar la educación de la sociedad en derechos humanos

Desde su Conferencia General de 1974, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) recomienda fomentar la educación para la comprensión, la cooperación y la paz internacionales y la educación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales. La educación en derechos humanos consiste en un conjunto de actividades de educación, capacitación y difusión de información orientadas a crear una cultura universal en la esfera de los derechos humanos mediante la transmisión de conocimientos, la enseñanza de técnicas y la formación de actitudes, para fortalecer el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales; desarrollar plenamente la personalidad humana y el sentido de la dignidad del ser humano, entre otras. Tomarse en serio esta educación del pueblo a todos los niveles constituye un elemento clave para el empoderamiento de la población y, por ende, para la concienciación de que cada uno reconozca sus derechos y abogue por el respeto de los mismos por parte de los demás y del Estado.

11. Se debe trabajar por el empoderamiento de la población

“Empoderamiento quiere decir comunidad colectiva, y en última instancia concienciación de clase, entender la realidad con un sentido crítico para usar el poder que poseen incluso los desempoderados, a fin de cuestionar a los poderosos y en última instancia transformar esa realidad por medio de luchas políticas conscientes” (Craig y Mayo, 1995).

Para algunos el empoderamiento es el derecho a determinar las opciones en la vida e influenciar la dirección del cambio, a través de la capacidad para asumir el control sobre fuentes cruciales, tanto materiales como no materiales (Moser 1991). Y Amartya Sen se refiere al derecho a políticas públicas (metaderechos) como concepto que alude a la exigibilidad de aquellas políticas necesarias para la realización programática y progresiva de los derechos sociales, de tal forma que sea posible armonizar la justiciabilidad de reclamos particulares y concretos con la exigibilidad de políticas estructurales claramente encaminada a la realización de derechos sociales, además de que las personas forman parte activa de la discusión, elaboración, monitoreo y control de las mismas.

12. Es aconsejable diseñar e implementar una estrategia de la sociedad civil para desmontar los obstáculos a la justiciabilidad directa de los derechos sociales en los sistemas internacionales de derechos humanos

Deben impulsarse los cambios necesarios hasta que los sistemas internacionales de protección de derechos humanos permitan la justiciabilidad directa de los derechos sociales, y los estándares aplicables a los mismos sean asumidos con seriedad por los distintos Estados, en aras de cumplir el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con su misión y desafíos pendientes. Cualquier estrategia a desarrollar e implementar debe integrar a amplios sectores de la sociedad.

El objetivo es no solo que puedan hacerse justiciables de manera directa los derechos sociales, sino que se instaure un mecanismo realmente efectivo para que los estándares desarrollados sean cumplidos tal y como un día fueron fijados. En el caso particular del sistema interamericano, a través de estas recomendaciones y del litigio estratégico debe lucharse para que sea declarada la violación del artículo 26 correspondiente a los derechos sociales, lo que contribuiría al cambio social más allá de resolver el caso concreto. Con relación al sistema universal, la incidencia aportaría que sea ratificado el Protocolo facultativo al PIDESC por los Estados y que entre en vigor, y respecto al europeo, que definitivamente los derechos sociales puedan ser materia de exigibilidad directa ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente, es de suma importancia concienciar sobre que todo ese *corpus juris* o estándares, que en materia de derechos sociales los tribunales y órganos

internacionales encargados de interpretar un Tratado han desarrollado y que continuarán haciendo, son normas vinculantes de aplicación obligatoria, directa e inmediata por parte de las autoridades y jueces internos. Todo ello en virtud del principio de control de convencionalidad y/o de lo que hoy se entiende como bloque de constitucionalidad, requiriéndose tan solo que el Tratado haya sido ratificado por el Estado en cuestión.