

# La fundamentación del derecho al trabajo: cuestiones teóricas preliminares

Pablo Scotto Benito  
Universidad de Barcelona

**Resumen:** esta ponencia se estructura en torno a tres cuestiones generales de teoría de los derechos: a) la definición de los derechos fundamentales, b) la fundamentación de dichos derechos, c) las diferencias entre la precisión de las obligaciones jurídicas de los derechos y el establecimiento de sus garantías institucionales. El repaso de estas cuestiones se efectúa con el punto de mira en los derechos sociales y puede leerse como una suerte de preámbulo para ayudar a enfocar el problema de la fundamentación del derecho al trabajo.

## 1. Introducción: la fundamentación del derecho al trabajo en tanto que derecho social fundamental

La inquietud teórica que está detrás de esta ponencia, y que de algún modo le sirve de guía, es la pregunta acerca de si es posible una fundamentación sólida del derecho al trabajo. No pretenderemos aquí, sin embargo, entrar a responder a esta cuestión, sin duda compleja. Nos limitaremos, más bien, a exponer algunos problemas generales de teoría de los derechos que creemos están relacionados, de una forma más o menos directa, con dicha pregunta. La pretensión es que el tratamiento de estos asuntos teóricos, aun sin ser exhaustivo, pueda servir de prolegómeno para futuras investigaciones que se enfrenten más propiamente con el núcleo de la cuestión.

Para no dar lugar a equívocos, conviene empezar señalando qué quiere decir eso de “fundamentar” el “derecho al trabajo”. Entiendo por “fundamentación” un proceso razonado por el cual se establecen las bases o principios de algo, esto es, los conocimientos incuestionados a partir de los cuales se puede derivar la *verdad* de la *proposición* que da cuenta del fenómeno en cuestión, o bien la *bondad* de la *prescripción* referida a dicho fenómeno. Que estas bases o principios se establezcan como un conocimiento *incuestionado* no quiere decir que sean necesariamente un conocimiento *definitivo* (tomo esta distinción de Bunge, 2005: 91); quiere decir,

simplemente, que se trata de unos presupuestos, postulados o asunciones que un determinado enfoque teórico no discute (no pretende justificar) cuando se propone analizar un fenómeno. En este caso, como se trata de fundamentar un *derecho*, la tarea consiste en argumentar cuáles son los principios *morales* que subyacen al mismo y que lo hacen, por tanto, moralmente *deseable*.

Por otra parte, el “derecho al trabajo” ha de entenderse aquí como un *derecho social fundamental*, es decir, como uno de los tres derechos sociales básicos (junto a la educación y la asistencia) que habrían de ser considerados derechos fundamentales. Derechos fundamentales son aquellas pretensiones morales que, debido a su especial importancia (a su especial deseabilidad), la teoría y la práctica jurídico-políticas protegen en un grado más elevado; por ejemplo, otorgándoles un lugar preeminente en los textos constitucionales y garantizándolos de una forma más robusta. En el siguiente apartado intentaremos ir clarificando qué concepción de estos derechos estamos manejando. En general, el sentido es el mismo que le da Luigi Ferrajoli, quien distingue los derechos fundamentales, factores de inclusión e igualdad, de los derechos patrimoniales, fundantes de exclusión y dominio; aunque, como se verá enseguida, la definición concreta de los derechos fundamentales que se defenderá aquí difiere de la propuesta por el jurista italiano.

## **2. Los derechos sociales como derechos fundamentales**

De la posibilidad de considerar que al menos estos tres derechos sociales (educación, asistencia y trabajo) son derechos fundamentales depende toda la argumentación posterior, por lo que es preciso detenerse brevemente con esto. En la filosofía política y jurídica, los derechos sociales son habitualmente considerados menos importantes o menos “primordiales” que los derechos civiles y políticos. Una forma de expresar teóricamente esta subordinación consiste en señalar que mientras los derechos civiles y políticos son derechos fundamentales, jurídicamente exigibles ante un tribunal, los derechos sociales son más bien principios rectores de la acción política, pero no derechos en sí mismos. Para responder adecuadamente a esta problemática, es necesario concretar primero qué entendemos por “derecho fundamental”. De acuerdo con Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales pueden (y deben) ser definidos desde un punto de vista *formal*:

«Propongo una definición *teórica*, puramente *formal o estructural*, de “derechos fundamentales”: son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «*status*» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas» (Ferrajoli, 1999: 37).

Que esta definición sea *teórica* quiere decir que se establece o se propone desde un plano “teórico-formal”, encargado de clarificar la estructura lógica o sintáctica que subyace y conecta entre sí a las normas jurídicas. Ferrajoli lo distingue de otros niveles de discurso, a saber: un plano “político-axiológico” o “filosófico-político”, encargado de señalar cuáles deberían ser dichas normas para ser normas justas o deseables; un plano “jurídico-dogmático”, interesado básicamente en la exposición o descripción del ordenamiento realmente existente; y un plano “histórico-sociológico”, preocupado por estudiar la evolución de las circunstancias que determinan el alcance o la extensión efectiva de este derecho positivo según la época y el lugar de que se trate.

Que la definición sea puramente *formal o estructural* significa que «prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tutelados» (Ferrajoli, 1999: 38); es decir, que no establece restricciones acerca del tipo de derechos fundamentales que podrían acogerse bajo su paraguas, siendo teóricamente posible que entre estos derechos hubiera algunos absolutamente no deseables o incluso absurdos. Así lo formula el propio Ferrajoli:

«si fuera establecido como universal un derecho absolutamente fútil, como por ejemplo el derecho a ser saludados por la calle por los propios conocidos o el derecho a fumar, el mismo sería un derecho fundamental» (Ferrajoli, 1999: 38).

Esto resulta paradójico o, al menos, contraintuitivo: no es habitual predicar el carácter fundamental de algo y, al mismo tiempo, admitir la posibilidad de su absoluta trivialidad. Pero la aparente aporía se desvanece si se tiene presente el carácter teórico-formal de la definición: de acuerdo con ella, que unos determinados derechos sean *fundamentales* quiere decir, exclusivamente, que son derechos *universales* (en su sentido lógico y avalorativo), esto es, que son atribuidos mediante el cuantificador universal “todos”, independientemente del alcance o extensión de la clase de sujetos a la que se refiera dicho cuantificador. El carácter paradójico de la definición no es, pues, un

motivo suficiente para criticarla o rechazarla: de hecho, para Ferrajoli, la neutralidad derivada de su vaciedad semántica es justamente su mayor ventaja. Lo que sí se puede hacer es intentar proponer una definición alternativa que, siendo también ella precisa y explicativa, pueda evitar este distanciamiento con respecto al sentido habitual del concepto “fundamental”.

Esta concepción alternativa consiste en afirmar que los derechos fundamentales son tales no solo por el hecho de ser universales (atribuidos a todos y, por tanto, inalienables por definición), sino también en la medida en que son expresión de ideales morales *comunitarios*, es decir, referidos a la comunidad o sociedad (aunque ejercidos no solo colectivamente, sino también de forma individual) y más o menos compartidos (establecidos democráticamente, no impuestos unilateralmente). Esta propuesta, como se habrá notado, pasa por el reconocimiento de que la teoría del derecho necesita echar mano, al menos en lo que respecta a la definición de los derechos fundamentales, de consideraciones morales acerca de los mismos y entrar, pues, en el terreno de la filosofía moral y político-jurídica. De acuerdo con esto, un “derecho fundamental” tiene las siguientes características:

«Todo derecho de este tipo supone (1) la designación comunitaria de un bien como particularmente importante por estar conectado con el ideal de la vida libre (ahora no hace falta precisar más este ideal); y (2) la distribución igualitaria de ese bien entre todos los ciudadanos, en la medida en que a todos ellos se les supone capaces de realizar dicho ideal, una igual capacidad que es expresada por el concepto de la dignidad humana» (García Manrique, 2010: 79).

Esta caracterización de los derechos fundamentales, como objetivos políticos *comunitarios*, puede resultar sorprendente. Los derechos fundamentales suelen ser entendidos más bien como reclamaciones o exigencias de los *individuos* frente al Estado. Aquí se entenderá que esta pretensión individual es más bien lo que define la existencia de un derecho *subjetivo*, de un derecho *jurídicamente exigible*:

«Típicamente, un derecho subjetivo no es otra cosa que una pretensión conferida a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos) a los que se impone un deber (una obligación) correlativo» (Guastini, 1999: 180).

Estos derechos se caracterizan por ser susceptibles de tutela jurisdiccional, siempre que su contenido (el comportamiento que puede exigirse) sea preciso y el sujeto obligado esté igualmente determinado. Cuando un derecho subjetivo no reúne alguna de estas dos

condiciones, dice Guastini, se trata de un derecho “sobre el papel”, pero no de un “verdadero” derecho.

Conjugando ahora las dos definiciones anteriores, podemos concluir que un derecho subjetivo es el resultado de la aplicación de una determinada técnica jurídica, y, por lo tanto, es una forma (limitada) de concretar un derecho fundamental. ¿Puede configurarse este de otro modo? Ricardo García Manrique ha cuestionado la extendida creencia de que los derechos fundamentales son, por definición o necesariamente, una especie de los derechos subjetivos, sugiriendo a cambio que la configuración de los mismos como derechos subjetivos es contingente (García Manrique, 2010: 85). No interesa detenerse ahora en la explicación de los motivos de esta distinción entre derechos fundamentales y derechos subjetivos (véase García Manrique, 2010: 87-89). Lo relevante es que se entienda la posibilidad de separar unos de otros, pues de cuestionar su equiparación depende, en buena medida, el que se puedan concebir unos derechos fundamentales no individualistas, que incluyan a los derechos sociales. Esto no quiere decir, tampoco, que se tenga que rechazar de pleno la necesidad de configurar algunos derechos fundamentales como derechos subjetivos, mostrando, además, que dicha configuración no es solamente posible para los derechos civiles, sino también para los políticos y sociales (Pisarello, 2007: 59; aunque no todos están de acuerdo con esto: Atria, 2004: 15).

¿Cómo se pueden concretar, entonces, los derechos fundamentales de forma alternativa? Considerándolos objetivos políticos complejos y constituyéndolos, por ejemplo, mediante técnicas de derecho objetivo. Estimando, además, que no se hallan por ello subordinados jerárquicamente con respecto a los derechos subjetivos. Esta configuración será, sin duda, más *imprecisa*, más *política*, pero no puede ser de otro modo cuando ya no se trata de *mantener* el estado de cosas vigente, sino de *mejorarlo*. Este es precisamente el caso de los derechos sociales, los cuales expresan fundamentalmente la pretensión de llegar a una situación todavía no existente (una asistencia más personalizada, una educación de más calidad, un trabajo más edificante...), frente a lo que ocurre con los derechos civiles y políticos, que más bien son reclamados —en las democracias occidentales— cuando lo que se desea es el restablecimiento de una situación que se ha visto alterada por alguna clase de injusticia.

### 3. La fundamentación de los derechos fundamentales en la libertad

Una vez hemos aclarado qué concepción manejamos de “derechos fundamentales”, es el momento de volver al asunto de su fundamentación. Ferrajoli propone, como ya hemos visto, una definición formal de estos derechos, pero no elude por ello la pregunta acerca de su fundamentación. Para ser rigurosos, hay que decir que el profesor italiano distingue, a diferencia de lo que hacemos aquí, cuatro tipos de fundamentos de los derechos fundamentales (la razón, la fuente, la justificación y el origen), correspondientes a cada uno de los cuatro enfoques o niveles de discurso de los que ya hemos hablado más arriba (teórico, dogmático-jurídico, político-axiológico e histórico-sociológico). De todas formas, el propio Ferrajoli señala, de forma clara, cuál es “el verdadero problema”: el fundamento axiológico de los derechos (Ferrajoli, 2001: 314-315). Se preocupa de dejar claro, eso sí, que se trata de una cuestión que pertenece a un tipo de discurso distinto del nivel teórico desde el cual establece su definición formal. Distingue entonces cuatro criterios axiológicos de fundamentación; los derechos fundamentales son valiosos en tanto han contribuido y pueden todavía contribuir a la consecución empírica de cuatro fines o valores morales: la *igualdad* en la dignidad humana; la *democracia*, en tanto que otra forma de realización de la igualdad; la *paz* y la *tutela del débil* frente al abuso del más fuerte. Nótese que Ferrajoli reduce así el ámbito de la filosofía moral y política a la postulación de una serie de fines, siendo el problema de cómo acercarse a dichos fines una cuestión de mera racionalidad instrumental (verificable en el plano empírico), de la que es una parte importante (necesaria pero no suficiente) la forma universal de los derechos fundamentales identificada por su definición teórica.

Sea como sea, lo que interesa destacar es que si se establece una definición puramente formal de los derechos fundamentales, la pregunta por su fundamento queda situada en un nivel de discurso diferente al que se emplea para dicha definición. Esto es así porque, desde un punto de vista teórico-formal, lo relevante es que al menos algunos derechos (sea su contenido el que sea) puedan vincularse a uno o más *status*, a condición de que todos los integrantes de dichos *status* sean titulares por igual de esos derechos; es decir, lo relevante es que efectivamente haya algunos derechos positivos que caigan bajo dicha definición formal, para que esta pueda resultar explicativa dentro de la teoría del

derecho de la que forme parte y para que aquéllos puedan recibir una tutela adecuada a su naturaleza. La pregunta por la fundamentación, podría decirse, es otro cantar. Es una cuestión filosófica, sobre la que sería bueno acercar posturas o incluso ponerse de acuerdo, pero que en última instancia no debe afectar a la adecuada identificación y protección de los derechos fundamentales, pues estas dos tareas corresponden ya no a la filosofía sino a la teoría del derecho; más concretamente, tienen que ver, respectivamente, con la definición formal de los mismos y con la aclaración de posibles lagunas o antinomias, tareas en las que la teoría del derecho actúa “normativamente” (no en el sentido de señalar lo moralmente bueno, sino en el de clarificar y no simplemente describir el ordenamiento positivo) con respecto a la dogmática jurídica.

Se puede optar, sin embargo, y como ya hemos explicado, por una visión sustantiva de los derechos fundamentales, que los conciba como expresión de ideales comunitarios. Si nos situamos en esta perspectiva, la pregunta que tenemos que hacernos ha de ser similar a esta: «¿En nombre de qué hablamos y defendemos esa realidad que delimitamos con el nombre de derechos humanos fundamentales?» (Fernández, 1982: 97). La respuesta, que ya hemos adelantado al comienzo, es la siguiente: en nombre de unos determinados valores morales. Ahora ya estamos en grado de precisar esto un poco más. El valor moral que fundamenta, en última instancia, todos los derechos fundamentales es la libertad (García Manrique, 2013). Un poco más adelante precisaremos la idea de libertad de la que estamos hablando y que nos parece suficiente para fundamentar tanto los derechos civiles y políticos como los sociales. Baste con recordar por ahora que fundamentar los derechos fundamentales en la libertad no quiere decir que se tome a esta como un ideal *definitivo*, sobre el que ya estaría todo dicho y no se podría, por tanto, discutir. Quiere decir más bien que vivir una vida libre, tenga esta unas u otras características concretas (dentro de unos límites que enseguida detallaremos), resulta un ideal no solo *universalizable*, sino también especialmente *valioso*, que hace por tanto *deseables* aquellos derechos que lo hacen posible y lo desarrollan; y que permite, en consecuencia, tomarlo como un conocimiento práctico *incuestionado* (un fundamento sólido) para la mayoría de filosofías políticas; es decir: para todas aquellas que no identifican de forma acrítica el bien del individuo con el bien de la comunidad (que son casi todas).

Llegados a este punto, surge la siguiente pregunta: ¿en qué se diferencia el proceso de fundamentación de los derechos fundamentales del de otra clase de derechos o normas jurídicas positivas? En mi opinión, el proceso es bastante similar, pues toda norma presupone en última instancia una serie de valores, que toma como fines de la vida individual y social, de forma que la fundamentación de dicha norma pasará necesariamente por la remisión, más o menos directa, a estos valores primeros. Si el proceso no es sustancialmente diferente, ¿a cuento de qué se denominan “fundamentales” a unos derechos y a otros no? La respuesta pasa por afirmar que solamente los derechos que guardan una relación más estrecha con la idea de libertad, y que además pueden ser universalizables, esto es, ejercidos por todos los miembros de una comunidad (lo cual excluye, por ejemplo, determinados tipos de propiedad privada), son considerados derechos fundamentales. Esta especial vinculación con las condiciones que hacen posible una vida libre para todos es la que otorga a estos derechos una cierta vocación de permanencia, que se manifiesta en su tratamiento preferente en los textos constitucionales, y que permite además que puedan servir ellos mismos como *fundamento* de otras normas o derechos subsidiarios.

Vayamos al caso particular que nos ocupa, que es el derecho al trabajo. Si lo queremos entender y defender como un derecho fundamental, tendremos que estar en grado de afirmar que el trabajo es un bien social particularmente importante, por estar conectado con el ideal de la vida libre. La determinación del significado de “trabajo” y la relación que este puede guardar con dicho ideal son cuestiones complejas, en las que aquí no entraremos. Sí conviene aclarar, aunque sea mínimamente, la idea de libertad en la que estamos pensando. Como ha sido señalado recientemente, en una distinción que ha hecho fortuna, el liberalismo entiende la libertad como no-interferencia, mientras que el republicanismo la entiende como no-dominación (Pettit, 2004: 119). Más allá de estas diferencias, ambos coinciden en que la libertad es un ideal o un “valor”, el cual, al menos *prima facie*, es predicable de los individuos y no de las “comunidades”. Las diferencias aparecen precisamente cuando se trata de determinar el contenido positivo de dicho valor: para los liberales, la libertad será algo indefinido, indeterminado o profundamente variable; para los republicanos, en cambio, consistirá en la *capacidad* de autodeterminación, autogobierno o autonomía, esto es, en la posibilidad de regirse de

acuerdo con los dictámenes de la propia razón, en la posibilidad de llevar una vida buena.

De estas divergencias surgen a su vez dos actitudes distintas hacia la libertad: mientras que los liberales consideran que es necesario respetar la libertad de cada individuo, para que cada cual sea libre a su manera, los republicanos consideran que es necesario promover la libertad. Es por esto que los liberales consideran contraria a la libertad cualquier interferencia externa que modifique la conducta “natural” de los individuos, mientras que los republicanos entienden la dominación, sea esta externa o interna, como aquello que realmente contraría la libertad. En resumen: mientras que el liberalismo considera que toda interferencia es contraria a la libertad, el republicanismo defiende que solo va contra la libertad la interferencia arbitraria (contraria a la razón) y, además, que va contra la libertad toda forma de dominación, esté el individuo dominado por sus propias limitaciones o por un agente externo, y aunque este “dominador” o “amo” no interfiera *de facto*. El republicanismo considera, en este sentido, que un requisito imprescindible para esta ausencia de dominación es que el individuo tenga una “existencia social autónoma garantizada”, que le permita no tener que pedir permiso a otros para realizar sus actividades cotidianas (Bertomeu y Domènech, 2005: 68).

Es justamente esta libertad republicana, y no la liberal, la que está en grado de dar un fundamento adecuado y consistente a los derechos fundamentales, sean estos civiles, políticos o sociales. La libertad como simple no-interferencia no solo no puede esgrimir razones para asegurar el derecho a la instrucción de los niños o la cura de los enfermos, sino que tampoco puede dar motivos en favor de la protección del derecho de propiedad o del derecho de participación política, por poner dos ejemplos. El aseguramiento de cualquier derecho requiere, más o menos directamente, de “interferencias” por parte de los demás; en el caso de que estas interferencias sean percibidas como necesariamente contrarias a la libertad, entonces la libertad así entendida no será ya un buen fundamento para los derechos y será necesario acudir a otros valores morales, como la seguridad, la igualdad o la solidaridad. En cambio, la libertad en sentido republicano, tal y como la hemos caracterizado, parece bastarse a sí misma: está en grado de justificar por qué deben promoverse las “interferencias” que ayuden a realizar los derechos fundamentales y por qué deben prohibirse aquellas que vayan en contra de los mismos.

#### **4. Las tres dimensiones de los derechos fundamentales: deberes morales, obligaciones jurídicas y garantías institucionales**

Con este último apartado pretendemos aclarar el ámbito en el cual consideramos que se mueve el proceso de fundamentación de los derechos, mostrando a su vez que este espacio no agota, ni mucho menos, el significado y el alcance que cabe otorgar a los mismos. La precisión que queremos hacer es la siguiente: estamos hablando de una fundamentación *moral* de los derechos, que es por lo tanto previa a lo jurídico. Partimos de la idea, pues, de que el derecho positivo no “crea” los derechos, sino que más bien los reconoce (los convierte en normas jurídicas) y establece los mecanismos que habrán de garantizarlos. Esta precisión es importante por lo siguiente: creemos que es posible fundamentar de forma sólida, en el plano moral, un derecho fundamental y que, al mismo tiempo, este derecho moral fundamental no se encuentre incorporado como tal a ningún ordenamiento jurídico, no siendo, pues, un “derecho” en sentido estricto. Aunque quizás este sea un problema básicamente terminológico, y que por lo tanto no debe preocuparnos en exceso, creo conveniente decir unas palabras sobre el mismo antes de continuar, ya que, como es sabido, la polémica entre iusnaturalistas e iuspositivistas se dirime en buena medida en este ámbito.

En mi opinión, es posible distinguir, aunque solo sea con fines analíticos, tres dimensiones que conforman o dan sentido al concepto “derecho fundamental”: a) una dimensión *moral*, que se refiere a los *deberes morales* que corresponden a ese derecho; b) una dimensión *jurídica*, que se refiere a las *obligaciones jurídicas* del mismo; c) una dimensión *institucional*, referida a sus *garantías*.

En primer lugar, la dimensión *moral* de los derechos fundamentales tiene que ver con que estos sean la expresión de *ideales comunitarios*, los cuales tienen la característica de ser *universales*. Que sean universales significa que aspiran a un reparto *equitativo* de un determinado bien entre *todos* los miembros de una comunidad política, en la creencia de que dicho reparto iría en favor de la libertad de todos. Nótese que entendemos la universalidad de los derechos no únicamente como su extensión a todos los miembros de una comunidad, sino como su extensión a todos *por igual*. Es decir: estamos hablando no solo de *quiénes* son los sujetos titulares de los derechos (todos), sino también de *qué trato* merecen por ello (un trato igualitario). Creemos que ambas cosas,

aunque no son lo mismo, van necesariamente de la mano (al menos desde un punto de vista conceptual): si se reconoce a todos como iguales, resulta incoherente atribuir después más derechos a unos que a otros. Por otro lado, es importante señalar que con “todos” nos estamos refiriendo, kantianamente, a la totalidad de individuos de la especie humana, en congruencia con la dimensión moral en la que estamos por ahora situados; cosa distinta es que después, ya en un plano jurídico, la realidad nos obligue, por así decirlo, a precisar más las cosas. Para este fin, creemos que resulta clarificadora la distinción de Ferrajoli entre derechos de la persona y derechos del ciudadano (divididos ambos a su vez en dos tipos, según sus titulares sean o no capaces de obrar). No compartimos, de todas formas, su opinión negativa acerca de la categoría de ciudadanía. Pero esta es sin duda una cuestión compleja, que requeriría un tratamiento aparte.

Volviendo a la cuestión del universalismo de los derechos fundamentales, lo expresaremos ahora con otras palabras. Decir que estos derechos son universales es tanto como señalar que son una *concreción* del ideal de la justicia —el cual consiste en tratar igualmente lo igual y desigualmente lo desigual—, concreción que pasa por el reconocimiento de que todos los miembros de la comunidad son igualmente capaces de llevar una vida libre y por el consecuente trato igualitario que todos ellos merecen respecto a aquellas cuestiones que atañen a su libertad. La igualdad ante la ley, proclamada en los albores de la Modernidad contra la discriminación por nacimiento que regía en la sociedad estamental, es quizás la primera gran manifestación de este espíritu, que posteriormente ha ido extendiendo su alcance (García Manrique, 2013: 128-129).

Este carácter *universal* hace que un derecho fundamental lleve aparejados, por definición, un haz de *deberes morales*, de tal suerte que el derecho de un ciudadano a algo no será otra cosa que el deber de sus conciudadanos de satisfacer ese algo. Un derecho fundamental lleva aparejado, además (al menos desde un punto de vista republicano), el deber individual de realizar o llevar a término ese derecho. Se trata de un deber moral que el individuo tiene tanto consigo mismo como con los demás, en la medida en que estos hacen posible el disfrute de tal derecho. En función de si este deber individual es entendido de una forma intransigente o de una forma más laxa, nos deslizaremos desde una teoría moral “perfeccionista” hasta concepciones que,

reconociendo los derechos de todos (y por lo tanto los correlativos deberes de la colectividad frente a cada individuo), serían poco exigentes con respecto al uso que cada uno decidiera hacer de sus derechos. Seguramente sean precisamente estas últimas las ideas de la moral predominantes a partir de la Modernidad.

En cualquier caso, esto no debe hacer perder de vista que la Época Moderna se caracteriza también, y quizás de forma más fundamental, por la separación entre moral y derecho (o entre moral y política). Esta separación, en lo que respecta a los derechos fundamentales, significa que su juridificación o positivización pasa por no recoger en el ordenamiento los deberes individuales de realización que estos derechos acarrearán. Es decir: supone no condicionar la atribución de estos derechos al cumplimiento de dichos deberes. Alguien podría, por ejemplo, considerar reprobable moralmente que un individuo reclame su derecho a la sanidad cuando se da a la bebida todos los días, o que reclame su derecho a la libertad de expresión cuando no hace más que proferir mentiras; pero la comunidad político-jurídica tiene la obligación (no moral) de atender a esta persona en caso de que necesite un trasplante de hígado, o de asegurar que pueda manifestar públicamente sus opiniones. Dicho con otras palabras: no se puede exigir política ni jurídicamente (lo cual equivale a decir coactivamente) a un individuo que haga lo moralmente correcto, que actúe autónomamente. Imponer la autonomía (la vida buena) es la negación, por definición, de la autonomía. Es por esto que, al menos habitualmente, las constituciones democráticas (con sufragio universal) no recogen el deber de votar.

Esto no quiere decir, entiéndase bien, que el derecho positivo no imponga obligaciones a los individuos; quiere decir que no impone la obligación individual de realizar o llevar a término los derechos fundamentales, precisamente porque estos son expresión de ideales morales y, por tanto (al menos en el plano político), aspiraciones más que obligaciones. Tampoco significa, por otra parte, que la separación entre moral y derecho tenga que conducir inevitablemente a un relajamiento de la primera: por decirlo brevemente, es compatible una visión “aristocrática” o exigente de la moral —que ponga, pues, los deberes del individuo consigo mismo y con los demás en un primer plano y que considere, en consecuencia, que la vida buena solo es alcanzable para el sabio— con el respeto institucional por la libertad de cada uno en la toma de decisiones,

no solo políticas sino también “cotidianas” —lo cual supone un reparto igualitario de los derechos entre todos los miembros de la comunidad, independientemente de si son sabios o ignorantes; en el caso concreto de los derechos políticos, implica la defensa del principio democrático de “una cabeza, un voto”—.

Los derechos, en este primer sentido, son un instrumento conceptual, o si se quiere un tipo de discurso moral y político que, a pesar de tener ya una larga historia, sigue mostrando hoy una gran vitalidad a la hora de canalizar o expresar los valores a los que aspiran nuestras comunidades. Lo específico de la lógica de los derechos frente a otras concepciones morales seguramente sea la clara oposición que esta mantiene con respecto a los *privilegios* de *algunos* y, en consecuencia, con respecto a formas de pensar y relacionarse basadas en la *caridad*, la *concesión* o el *permiso*.

En segundo lugar, la dimensión *jurídica* de los derechos fundamentales tiene que ver con que solo su positivización (mediante técnicas de derecho subjetivo u objetivo) los convierte en derechos plenos, en el sentido de *vinculantes*, es decir, obligatorios *legal* y no solo *moralmente*. En este sentido, podemos decir que los derechos (una vez juridificados) conforman un subsistema normativo dentro del sistema jurídico: son derechos en cuanto que están incluidos en un conjunto más amplio de normas jurídicas, aunque su especificidad les viene dada por los valores morales que recogen (Peces-Barba, 1973: 103). La técnica del derecho subjetivo, que convierte a los derechos fundamentales en “cartas de triunfo” (Dworkin, 1984: 153), es la que se ha elegido como forma principal de realización jurídica de los derechos fundamentales pero, como ya hemos argumentado más arriba, no es la única posible (ni, seguramente, la más satisfactoria para concretar los derechos sociales).

¿En qué consiste este proceso de positivización de un derecho fundamental? Para la juridificación de un derecho fundamental en sentido pleno no basta con reconocer este derecho en la Constitución, ya que esta, habitualmente, no establece de forma precisa el contenido del derecho —las obligaciones jurídicas que lo acompañan—, ni tampoco el sujeto al que van dirigidas las obligaciones —es decir, si este es un particular (una persona física o jurídica) o es el Estado (más en detalle: si es un órgano judicial o una institución política)—. Con “obligaciones” me refiero tanto a las obligaciones positivas (prescripciones, coerciones, constreñimientos) como a las negativas (limitaciones,

impedimentos, oposiciones). Ferrajoli, en cambio, reserva el concepto de “obligaciones” para las primeras y denomina a las segundas “prohibiciones”. Esta precisión o concreción de los derechos habitualmente se efectúa por vía legislativa, aunque también, y sobre todo en los países con un sistema de *common law*, por vía jurisprudencial. Sin tomar en consideración estas normas de rango infraconstitucional, los mecanismos jurisdiccionales (e incluso los políticos) de tutela, de los que nos ocuparemos a continuación, son difícilmente realizables (García Manrique, 2010: 91; Pisarello, 2007: 84; Hierro, 2007: 197).

Nótese que estamos distinguiendo, por un lado, la precisión de las obligaciones jurídicas de los derechos y, por otro, el establecimiento de mecanismos políticos y jurisdiccionales destinados a garantizar esos derechos, la cual es ya una cuestión institucional y no meramente normativa. Ferrajoli, en cambio, parece entender ambas cosas (precisión de normas y actos institucionales implicados por esta precisión) bajo la categoría de “garantías”, estableciendo una distinción dentro de las mismas entre las garantías políticas o primarias y las garantías jurisdiccionales o secundarias. La clasificación de Ferrajoli, podemos decir, está hecha en base a dos criterios: a la clase de poder del Estado que está involucrado (el legislador, en el caso de las garantías primarias; el poder judicial, en el caso de las secundarias) y a la primacía lógica (o temporal) de unas garantías sobre otras (las secundarias se activan en presencia de actos inválidos o ilícitos que violen las primarias).

Sin embargo, creo que resulta más clarificador distinguir entre aquella actividad puramente *normativa* de precisión de obligaciones y sujetos obligados —labor realizada fundamentalmente por el poder legislativo, aunque también por aquellas sentencias de los tribunales que sientan algún tipo de precedente (y, desgraciadamente cada vez más, por el poder ejecutivo)— de las actuaciones que efectivamente *garantizan* un derecho fundamental, en el sentido de que modifican la realidad social con el objetivo de acercarla a la pretensión moral recogida por el derecho, consista esta actuación en *restablecer* un orden que se ha visto alterado (lo cual corresponde a las instituciones judiciales) o bien en la intención de *progresar* hacia un estado de cosas todavía no existente (función asignada a las instituciones políticas). Dicho con otras palabras: la falta de obligaciones jurídicas precisas lanza una advertencia al legislador, pues existe

una laguna que es necesario solventar; pero no se agota aquí la labor de la política, como parece suponer implícitamente Ferrajoli: la efectividad de dichas obligaciones no puede ser tarea exclusiva de los tribunales. De lo contrario, resulta difícil concebir cómo se podría avanzar en la garantía de derechos fundamentales todavía poco asentados entre nosotros.

Por otra parte, aunque relacionado con lo anterior, está el problema de cómo hay que valorar la falta de precisión en el contenido de un derecho recogido legalmente. Para Ferrajoli, la inexistencia de lo que denomina “garantías primarias”, que se corresponde a grandes rasgos con la inexistencia de lo que aquí hemos llamado “obligaciones jurídicas precisas”, supone una laguna que es preciso colmar, pero no la inexistencia del derecho (del mismo modo que la presencia de normas de rango infraconstitucional que van en contra de un derecho fundamental supone una antinomia que es menester solucionar, pero no la puesta en duda del derecho). Riccardo Guastini, en cambio, sostiene que un derecho subjetivo sin “garantías primarias” (sin su obligación correspondiente) no es un verdadero derecho, sino solamente un “derecho de papel”. Quizás no sea mucho más que un asunto de palabras o, como señala Ferrajoli, una confusión producto de solapar distintos niveles de discurso (Ferrajoli, 2001: 187-188). Además de esta confusión, Ferrajoli considera (2001: 191-195) que la discrepancia deriva, en último término, de entender la relación entre la dogmática jurídica y la teoría del derecho en términos descriptivos (que atribuye a Guastini) o normativos (su postura). En cualquier caso, creo que es posible defender una visión alternativa, en línea con las tesis que venimos desarrollando. Esta consiste en afirmar que la falta de obligaciones jurídicas precisas supone, incluso si el derecho está reconocido constitucionalmente, la no existencia plena de un derecho subjetivo (o, si se quiere ser más precisos, la existencia de una importante laguna que es preciso colmar), pero no necesariamente la inexistencia de un derecho fundamental, pues este tiene también una dimensión moral que es, por así decirlo, anterior a la juridificación del derecho; la presencia de esta dimensión moral, en definitiva, dota al derecho fundamental de una “existencia” pre-jurídica que no debe ser pasada por alto.

Michelangelo Bovero señala el siguiente inconveniente a esta postura, o a una postura similar a la que aquí proponemos: «¿cómo es posible juzgar como irrelevante la

diferencia entre una pretensión moral y la misma pretensión recogida en una norma jurídica, en un documento (por ejemplo) constitucional, o bien, la diferencia entre las reivindicaciones de los filósofos y las declaraciones de los derechos?» (Bovero, 2001: 226). La respuesta es que la realidad nos muestra como efectivamente esta diferencia es muchas veces inapreciable: sin ir más lejos, el derecho al trabajo se reconoce en la Constitución española, pero la falta de precisión de las obligaciones jurídicas que acarrea lo convierte en papel mojado. No se pretende afirmar aquí que el reconocimiento de un derecho en un ordenamiento sea un hecho irrelevante, pero sí que existe una frontera difusa entre un derecho moral bien fundamentado (expresión de ideales morales más o menos compartidos y no de las meras “reivindicaciones de los filósofos”) y ese mismo derecho juridificado, en el caso de que no se establezcan con precisión las obligaciones jurídicas que este lleva aparejadas.

Por último, la dimensión *institucional* de los derechos tiene que ver con que estos sean, además, *efectivos*, esto es, que tengan capacidad para transformar la sociedad, haciéndola más justa o, con otras palabras, extendiendo en ella la libertad de todos. Esta efectividad depende de la robustez de sus *garantías*, que aquí entendemos como garantías *institucionales*, como el “coste” de los derechos (por usar la expresión de Holmes y Sunstein, 2000). Siendo más precisos, la dimensión institucional de un derecho fundamental tiene que ver con la des-mercantilización de aquella esfera a la que se refiere este derecho. Esto es así porque la compra-venta de bienes en el mercado va, por definición, en contra del carácter *universal* que hemos atribuido al lenguaje de los derechos, pues permite: a) la potencial alienación de los mismos y b) la existencia, en la medida en que no todos gozan de la misma capacidad adquisitiva, de un acceso desigual a esos bienes, desigualdad que no casa bien con la exigencia de trato igualitario que todos merecen en tanto que igualmente capaces de llevar una vida libre.

Las garantías no deben ser confundidas con los deberes (u obligaciones) de los que hablábamos antes; las primeras hacen efectivo un derecho, mientras que los segundos son simplemente la otra cara de los derechos: los deberes morales son el reverso de los derechos morales fundamentales y las obligaciones jurídicas el dorso de los derechos configurados mediante técnicas de derecho objetivo o subjetivo. Dicho con otras palabras: la constatación de que a todo derecho le corresponden deberes correlativos es

algo distinto del hecho de que haya que establecer garantías institucionales para hacer cumplir ambas cosas (derechos y deberes). José Luis Rey Pérez lo expresa con claridad:

«Y es que las garantías al ser la forma en que los derechos logran hacerse realidades materiales y efectivas constituyen, al mismo tiempo, la forma en que se materializan también los deberes que se derivan de esos mismos derechos. Las garantías se mueven, entonces, en un plano inferior, más apegado a la realidad que los derechos y deberes, que son más abstractos y se sitúan por encima. Así como un derecho se puede hacer efectivo de diversas maneras, esto es, le pueden corresponder varias garantías, al ser los deberes la otra cara de la moneda de los derechos, también pueden materializarse a través de distintas garantías [...] A diferencia de Ferrajoli, aquí se considera que las garantías no son las obligaciones que se derivan de los derechos, sino las maneras en que esos deberes se materializan, las instituciones que canalizan y hacen efectivos el conjunto de derechos y deberes» (Rey, 2007: 465-466).

En resumen: un derecho fundamental juridificado tiene como reverso un haz de obligaciones jurídicas, tanto negativas (de respeto) como positivas (de promoción), y dirigidas tanto al Estado como a los ciudadanos; este derecho y sus obligaciones se pueden garantizar de diferentes maneras, siempre que estas sean lo suficientemente *eficaces* como para que el derecho esté realmente asegurado y no se vea desvirtuado. Cuestión importante esta última, porque la escasez o debilidad de las garantías institucionales puede afectar seriamente a la propia obligatoriedad jurídica del derecho. Esto es especialmente evidente en el caso de los derechos sociales, pero no debido a la “naturaleza especial” que a veces se les parece atribuir, sino más bien a las circunstancias históricas y decisiones políticas que han configurado y configuran nuestro modelo de sociedad. Basta pensar en qué quedaría de la obligación de respetar la propiedad privada en ausencia de policía, tribunales y cárceles.

Las tres dimensiones de los derechos fundamentales que hemos identificado (moral, jurídica e institucional) no deben ser tomadas como las tres fases en la “vida” de un derecho fundamental, ni tampoco como compartimentos estancos. Lo primero quiere decir que la perspectiva adoptada en este apartado es sincrónica, no diacrónica. Las distinciones que hemos establecido no deben ser entendidas como un intento por analizar el origen y la evolución históricos de los derechos, como si estos siguieran un desarrollo lineal desde su formulación como pretensiones morales hasta la creación de un conjunto de estructuras destinadas a materializarlas. La clasificación que hemos propuesto tiene la pretensión, más bien, de separar niveles o dimensiones de la realidad

que, a pesar de ser distintas, están todas ellas relacionadas con los derechos fundamentales y ayudan por ello a hacerse una idea del alcance y las implicaciones de los mismos. Lo segundo quiere decir, simplemente, que no creemos conveniente perder de vista las restantes dimensiones de los derechos cuando estos se estudian desde una perspectiva concreta. Resulta complicado, por ejemplo, entender todas las implicaciones que tiene una forma u otra de juridificar un derecho, o una manera u otra de garantizarlo, cuando no se tiene en cuenta su dimensión moral. De un modo análogo, no parece conveniente analizar un derecho desde un plano moral (para intentar fundamentarlo, por ejemplo) sin tener en cuenta que en este nivel están ya presentes, aunque sea de forma imprecisa, sus dimensiones jurídica e institucional. Esto es tanto como decir que los derechos no constituyen meras exigencias de la razón práctica, sino que más bien hunden sus raíces en contextos históricos concretos, como reclamaciones que buscan dar solución a situaciones injustas, estén provocadas estas por la inseguridad, la falta de reconocimiento o la escasez (u otros problemas similares).

## **5. Conclusiones**

(1) La pregunta por el fundamento del derecho al trabajo plantea una serie de cuestiones teóricas acerca de los derechos fundamentales, y de los derechos sociales en particular, que conviene tener en cuenta antes de enfrentarse directamente a dicha pregunta.

(2) Si se adopta una definición de los derechos fundamentales como ideales morales comunitarios, los cuales no se tienen que configurar o concretar necesariamente como derechos subjetivos, resulta posible defender, desde un punto de vista teórico, el carácter fundamental de los derechos sociales, entendidos estos no como meros aseguradores de un nivel mínimo de igualdad, sino como parte central de un proyecto de sociedad más justa.

(3) La libertad es un valor moral necesario y suficiente para fundamentar los derechos fundamentales, incluidos los derechos sociales.

(4) Podemos distinguir tres dimensiones de los derechos fundamentales: la moral, la jurídica o normativa y la institucional. Es posible fundamentar de forma sólida un derecho fundamental en el plano moral a pesar de que: a) las obligaciones jurídicas que

este acarrea no se encuentren correctamente precisadas en el ordenamiento o b) carezca de garantías institucionales suficientes para hacerlo efectivo. De todas formas, las dimensiones jurídica e institucional no deben ser obviadas cuando se trata de fundamentar moralmente los derechos, pues estos son reclamaciones que surgen para dar respuesta a disfunciones sociales determinadas en circunstancias históricas concretas.

(5) El tratamiento de las cuestiones anteriores se ha llevado a cabo en diálogo (y en ocasiones en contraposición) con las tesis defendidas por Luigi Ferrajoli. En cualquier caso, debe tenerse presente que las diferencias aquí mostradas con respecto a la definición puramente formal de los derechos fundamentales (2), su fundamentación en una pluralidad de valores morales (3) y la ausencia de una distinción clara entre obligaciones jurídicas y garantías institucionales (4), se enmarcan dentro de un acuerdo global con la “cosmovisión” propuesta por el jurista italiano y, compartiendo su espíritu garantista, tienen la única pretensión de contribuir, en la medida de lo posible, a que los derechos sociales dejen de ser los parientes pobres de la familia de los derechos fundamentales.

## Referencias

- Atria, F. (2004), “¿Existen derechos sociales?”, *Discusiones*, nº 4, pp. 15-59.
- Bertomeu, M. J. y Domènech, A. (2005), “El republicanismo y la crisis del rawlsismo metodológico (Nota sobre método y sustancia normativa en el debate republicano)”, *Isegoría*, nº 33, pp. 51-75.
- Bovero, M., (2001), “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta”, en L. Ferrajoli *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, pp. 215-242.
- Bunge, M. (2005), *Diccionario de filosofía*, México, D. F.: Siglo XXI.
- Dworkin, D. (1984), “Rights as Trumps”, en J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Fernández, E. (1982), “El problema del fundamento de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. I, pp. 75-112.
- Ferrajoli, L. (1999), *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid: Trotta.

- Ferrajoli, L., (2001), “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en L. Ferrajoli *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, pp. 287-381.
- García Manrique, R. (2010), “Los derechos sociales como derechos subjetivos”, *Derechos y libertades*, nº 23, época II, pp. 73-105.
- García Manrique, R. (2013), *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*, Barcelona: El Viejo Topo.
- Guastini, R. (1999), *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona: Gedisa.
- Hierro, L. L. (2007), “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en R. Alexy *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 163-222.
- Holmes, S. y Sunstein, C. R. (2000), *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, Nueva York y Londres: W. W. Norton.
- Peces-Barba, G. (1973), *Derechos fundamentales: I. Teoría general*, Madrid: Guadiana.
- Pettit, P. (2004), “Liberalismo y republicanismo”, en F. Ovejero, J. L. Martí y R. Gargarella (comps.), *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*, Barcelona: Paidós, pp. 115-135.
- Pisarello, G. (2007), *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid: Trotta.
- Rey Pérez, J. L. (2007), *El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Madrid: Universidad Carlos III y Dykinson.
- Zolo, D., (2001), “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los «derechos fundamentales». A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, en L. Ferrajoli *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, pp. 75-104.