

La tiranía del derecho subjetivo. Contrarréplica a Gerardo Pisarello

Por RICARDO GARCÍA MANRIQUE
Universidad de Barcelona

Agradezco mucho a Gerardo Pisarello su réplica a mi comentario, una réplica cuyo contenido comparto en buena medida. Sin embargo, quiero aprovechar la generosa invitación de los editores para insistir un poco más en una cuestión en la que parecemos no coincidir, o no del todo, y que es importante. Al final de mi comentario señalé que el empeño por mostrar las posibilidades jurídicas de los derechos sociales no debe llevar a nublar por completo las diferencias entre éstos y otros derechos porque, de hecho, hay diferencias importantes. En este punto quiero insistir, porque la respuesta de Pisarello me ha hecho ver que no debí expresarme correctamente. Trataré de hacerlo sin repetir las palabras que usé en mi comentario inicial.

El momento en que todos los derechos fundamentales son iguales es un momento prejurídico, un momento que pertenece al plano de la política (podríamos decir también que pertenece al plano de la moral, pero esto podemos dejarlo ahora de lado para no complicar las cosas; digamos que el plano de la política es por definición un plano moral, el plano de la moral pública). En cambio, cuando los derechos fundamentales se convierten en derecho dejan de ser iguales para pasar a mostrar esas diferencias importantes a las que me refiero. Políticamente, todos los derechos fundamentales son iguales porque todos ellos designan objetivos políticos de igual valor. El igual valor viene determinado porque todos ellos se configuran como objetivos intermedios al servicio del más genérico objetivo que constituye el respeto y promoción de la libertad o autonomía de todos los miembros de la comunidad, si es que, en efecto, la comunidad política ha decidido constituirse a sí misma como una comunidad de iguales que pretende promover la libertad o autonomía de todos sus miembros al máximo

nivel posible. En esta igualdad política de todos los derechos no merece la pena detenerse mucho, porque en ella estamos, creo, ambos de acuerdo. Estamos de acuerdo en que una comunidad política de este tipo necesita tanto que los ciudadanos puedan expresar sus ideas sin trabas cuanto que los ciudadanos puedan cuidar su salud, tanto que los ciudadanos reciban la mejor educación posible cuanto que no sean nunca torturados. Quizá en esto no estén todos de acuerdo, pero parece que Pisarello y yo, y también los partidarios de la indivisibilidad de los derechos fundamentales, sí lo estamos.

Sin embargo, los derechos fundamentales dejan de ser iguales cuando se convierten en derecho, y dejan de serlo porque todos ellos no pueden convertirse en el mismo tipo de entidad jurídica. Esto no es extraño, porque el derecho contiene técnicas diversas de orientación de la conducta; lo extraño sería que objetivos políticos tan diversos como los que llamamos derechos fundamentales se promoviesen mediante el mismo tipo de técnica jurídica. Porque, aunque iguales en cuanto a su valor político, en tanto iguales por su conexión con la libertad o autonomía de todos, los derechos fundamentales expresan estados de cosas muy diferentes entre sí, tan diferentes como para que su puesta en práctica requiera del recurso a técnicas jurídicas distintas. Además, un mismo derecho fundamental, en contextos distintos, puede ser mejor servido por técnicas distintas, por ejemplo porque los motivos de su insatisfacción sean distintos.

Esto explica por qué no todos los derechos fundamentales pueden convertirse en derechos subjetivos, o no en el mismo grado. El derecho subjetivo es una técnica jurídica específica útil para ciertos fines pero no para otros. Por ejemplo, si un Estado que organiza unos juegos olímpicos (como España en 1992) quiere que el equipo nacional haga un papel digno, es muy posible que el recurso a la técnica del derecho subjetivo no le sirva de mucho, y haya de recurrir a otras técnicas jurídicas, como la puesta en marcha de un plan de apoyo al deporte de élite (esto era el plan ADO de Ayuda al Deporte Olímpico), y de aquí no se sigue que cualquier deportista de élite se considere con el derecho de solicitar una beca del plan. Uno puede objetar que esta cuestión no afecta a los derechos fundamentales, pero lo que quiero mostrar es que las técnicas jurídicas van mucho más allá de la sola atribución de derechos subjetivos. En realidad, sucede lo mismo con los derechos fundamentales. Tomemos por caso el derecho a la salud. Si un país, en el que el sistema sanitario en su conjunto (público o privado) se encuentra en un nivel muy bajo, decide mejorarlo para incrementar la satisfacción del derecho a la salud, es muy posible que la mejor forma de hacerlo no sea la concesión de un derecho subjetivo a los ciudadanos, porque no sea factible garantizar a todos ellos al mismo tiempo el mismo nivel de salud.

Algo parecido sucede en el seno de un derecho fundamental. El derecho a la educación puede concebirse como incluyendo el derecho de todos los niños a la escolarización, pero también, al mismo tiempo,

como incluyendo el derecho de todos los niños a una educación de calidad en matemáticas. Según el contexto, es posible que lo primero pueda garantizarse mediante la atribución de un derecho subjetivo y que lo segundo no pueda ser garantizado así; porque tiene sentido, según la extensión del sistema educativo, que un juez pueda ordenar la escolarización de un niño, pero no lo tiene que un juez pueda ordenar la mejora de la calidad de la enseñanza de las matemáticas. Podrá exigir, quizá, algunas cosas vinculadas, como que toda escuela tenga un profesor de matemáticas o que todos los profesores de matemáticas tengan un título universitario específico, pero no que la enseñanza de las matemáticas sea de mayor calidad. Y lo que importa es darse cuenta de que el derecho fundamental a la educación tiene contenidos como ese.

Tener un derecho subjetivo significa que uno pueda exigir a un juez una prestación definida que él esté en condiciones de ordenar a alguien. Pero el contenido de los derechos fundamentales (reitero: en tanto que objetivos políticos) no se agota en prestaciones definidas que puedan exigirse a alguien y, por eso, la técnica del derecho subjetivo es insuficiente para realizar los derechos fundamentales. Si alguien está pensando en que esto no sirve, de por sí, para establecer una diferencia entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos (a los que quería referirme cuando hablé de «derechos liberales», quizá equívocamente), lleva razón. No sirve. No sirve, de por sí, en el sentido de que lo que hace falta para realizar un derecho fundamental depende del contexto social en el que se pretende realizar, que es el que determina lo que debe ser hecho, y cómo, en favor de un derecho. Por eso, no puede juzgarse la corrección del modo jurídico de realizar los derechos sin tener en cuenta el contexto social en el que se quieren realizar, del mismo modo en que no puede juzgarse la ejecución de Luis XVI como medida favorable a los derechos del hombre y del ciudadano sin tener en cuenta la situación francesa de principios de 1793.

Dos ejemplos de lo que quiero decir son éstos: en la sociedad española contemporánea, dudó mucho de que la libertad de expresión pueda promoverse adecuadamente mediante su sola articulación como derecho subjetivo, porque todo lo que requiere dicha promoción no puede ser hecho por jueces: desde el fomento del pensamiento crítico entre los ciudadanos hasta la renuncia de los medios de comunicación a los programas basura, pasando por la garantía de la objetividad de los informativos y por la desconcentración del sistema editorial y audiovisual. En esta misma sociedad, creo que ciertos aspectos del derecho a la educación, como la escolarización de los niños, pueden servirse bien mediante la atribución de un derecho subjetivo. Estos ejemplos muestran que la insuficiencia del derecho subjetivo como técnica de realización de derechos fundamentales no permite trazar la diferencia entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, es decir, no es posible afirmar que los derechos civiles y políticos se aco-

moden en todo caso mejor a la técnica del derecho subjetivo que los derechos sociales.

Ahora, bien podría suceder que un contexto social determinado sirviese para trazar una diferencia entre derechos civiles y políticos y derechos sociales en función de la aptitud del derecho subjetivo como técnica para satisfacer unos y otros, en ese contexto. Esto es lo que, en líneas generales y con muchos matices, sucede en muchas de las sociedades de nuestro tiempo: que mediante el recurso exclusivo a la técnica del derecho subjetivo los derechos civiles y políticos pueden realizarse en mayor medida que los derechos sociales, sin que, insisto una vez más, ello obste a constatar, por una parte, que los derechos civiles y políticos se garantizarían de forma deficiente mediante ese recurso exclusivo y que, por otra parte, los derechos sociales pueden realizarse en cierta medida mediante ese recurso exclusivo. La justificación detallada de este aserto requeriría un espacio del que aquí no dispongo, así que baste con hacer notar que los derechos sociales, como regla general, expresan estados de cosas todavía insatisfechos en mayor medida que los estados de cosas expresados por los derechos civiles y políticos, y que la función judicial sirve mejor al reajuste de estados de cosas ya existentes pero puntualmente desajustados que no a la consecución de nuevos estados de cosas, que requieren una acción política y jurídica de otro tipo. Es decir, la función judicial no está pensada para la reordenación radical de las relaciones sociales, que es lo que los derechos sociales requieren hoy, sino pensada más bien para el mantenimiento de relaciones sociales preexistentes.

Esto será aceptado por muchos, por ejemplo por los que, usando otras palabras, consideran que el peso de la llamada dimensión objetiva, aquí y ahora, es mayor en los derechos sociales que en los derechos civiles y políticos. El problema, a mi juicio, surge cuando se confunden los dos usos del término «derechos fundamentales». Los derechos fundamentales, en el lenguaje político, son objetivos fundamentales de la comunidad política. Los derechos fundamentales, en el lenguaje jurídico, son derechos subjetivos dotados del máximo nivel de jerarquía y de protección. El error surge cuando se cree que sólo los objetivos fundamentales de la comunidad política que pueden traducirse en derechos subjetivos merecen el máximo grado de jerarquía y protección jurídica o cuando se cree que las normas jurídicas de la máxima jerarquía deben establecer derechos subjetivos y no otros contenidos, lo que viene a ser lo mismo. Y es entonces cuando los partidarios de los derechos sociales, al conceder esto, hacen un flaco favor a su causa. Porque como los derechos sociales, a fecha de hoy, no pueden ser garantizados igual de bien que los derechos civiles y políticos mediante la técnica del derecho subjetivo, y como las normas de la máxima jerarquía han de contener derechos subjetivos, resulta que los derechos sociales, en tanto objetivos políticos, resultan perjudicados respecto de otros derechos que se adaptan mejor a la forma del derecho subjetivo.

Lo que los partidarios de los derechos sociales deben hacer es renunciar a la creencia de que las normas superiores de un sistema jurídico han de contener derechos subjetivos y, por tanto, a la creencia de que los derechos fundamentales traducidos en derechos subjetivos han de estar jerárquicamente supraordenados a los demás objetivos políticos de la comunidad. No hay ninguna razón por la que un objetivo político que se pueda defender y promover mejor mediante la técnica del derecho subjetivo haya de tener mayor valor, ni mayor jerarquía normativa, que un objetivo político que se pueda defender y promover mejor mediante otras técnicas diferentes. La idea de los derechos fundamentales como derechos subjetivos que actúan como límites a la mayoría (es decir, a la acción política) quizá haya de ser desestimada por los partidarios de los derechos sociales porque, o bien conduce a la negación de su carácter iusfundamental o bien conduce a su reconfiguración como modestos derechos a prestaciones mínimas que no están a la altura de lo que los derechos sociales son en tanto que objetivos políticos fundamentales. El derecho subjetivo ejerce una tiranía sobre el pensamiento político y jurídico que no hay por qué seguir soportando.

«Derechos fundamentales» y «derechos subjetivos» pertenecen a dos tradiciones distintas o, aunque esto no se admita, han de reconfigurarse en todo caso como conceptos distintos (ya es demasiado tarde para proponer un lenguaje distinto para hablar de nuestros objetivos políticos). Los derechos fundamentales, en tanto que objetivos políticos, no son una especie de los derechos subjetivos y, además, no hay nada en los objetivos políticos configurables como derechos subjetivos que los haga superiores en ningún sentido a los demás objetivos políticos. Decir esto o insistir en ello no supone una actitud conservadora en ningún sentido, como Pisarello parece creer, sino, acaso, todo lo contrario; y, por supuesto, tampoco implica que los jueces no puedan hacer muchas cosas en favor de los derechos sociales. Pueden hacer mucho, y hacen seguramente menos de lo que pueden, pero no pueden hacerlo todo, y no veo en qué sentido puede ser conservador decir esto.

Sentado todo lo anterior, es muy posible que, en la práctica, el problema principal que atañe a todos los derechos fundamentales sea el obstáculo con que se encuentran en su propia casa, a saber, la inclusión entre ellos de los derechos patrimoniales (por supuesto, de los que son por definición excluyentes y desiguales, no de los que sean universalizables). No por casualidad son los derechos patrimoniales los que mejor se adaptan a la forma del derecho subjetivo en sociedades tan radicalmente desiguales en lo patrimonial como las nuestras. Es decir, que si renunciásemos a considerar fundamentales a los derechos patrimoniales, resultaría que la discusión aquí planteada perdería buena parte de su interés, porque, derechos patrimoniales aparte, los derechos civiles y políticos no tienen por qué suponer un estorbo a la

realización efectiva de los derechos sociales, estén o no, unos y otros, configurados como derechos subjetivos.

Quien lea el libro de Gerardo Pisarello se dará cuenta de que él escribe contra los que ponen en cuestión la capacidad de un sistema jurídico para garantizar los derechos sociales, contra los que creen que los derechos sociales constituyen objetivos menores, o subordinados, de un sistema jurídico constitucional precisamente porque no pueden configurarse como derechos subjetivos. Hacer ver que no hay nada en los derechos sociales que impida configurarlos en parte como derechos subjetivos es una tarea necesaria; pero también es necesaria la tarea de hacer ver que el hecho de que un derecho fundamental exija mucho más que lo que un haz de derechos subjetivos puede ofrecer en nada reduce su fuerza política ni jurídica. Es más, sólo tomando conciencia de que los derechos sociales apuntan bastante más allá de la actividad judicial, aunque pasen por ella, podremos mantener todo el encanto que contienen como promesa de una comunidad política más justa. No se trata, sólo, de librar la batalla que nos proponen y de ganarla; se trata, también, de ampliar el campo de batalla.