

## I RECESIÓN

**Hierro, Liborio L. *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Madrid: Marcial Pons, 2016**

Ricardo García Manrique  
Área de Filosofía del Derecho  
Universitat de Barcelona

Fecha de recepción 24/07/2017 | De publicación: 27/12/2017

El mismo año de su jubilación, el profesor Liborio Hierro, de la Autónoma de Madrid, ha publicado el que seguramente sea su libro más importante, demostrando una vez más que, en el mundo académico, lo bueno llega al final. En el libro se concentran más de cuarenta años de dedicación a los derechos humanos, por lo menos desde 1973, cuando apareció la compilación de *Textos básicos de derechos humanos*, realizada junto con Gregorio Peces-Barba. La palabra “concentración” creo que es adecuada, porque el libro reúne y ordena las muchas piezas necesarias para una teoría de los derechos humanos, que el autor con paciencia ha ido modelando y dando a conocer a través de trabajos más breves que ya en su día supusieron contribuciones muy valiosas. Por eso, quien haya seguido su trayectoria no se sorprenderá ahora del contenido del libro, pero comprobará con satisfacción cómo todas esas piezas encajan ahora de manera armónica, y no

dejará de aprovecharse de su presentación sistemática.

No será esta una reseña al uso, porque en el momento de redactarla se han publicado ya al menos tres, y dos de ellas dan buena cuenta de los temas y tesis principales del libro, las de Ricardo Cueva (en *Sistema*, nº 246) y Luis G. Soto (en *Agora. Papeles de Filosofía*, nº 37), además de la de Carmen Pérez González (en *Eunomía*, nº 12), orientada en este caso a la dimensión internacional que también contiene la teoría de Liborio Hierro. En cambio, me ha parecido más oportuno abordar distintos aspectos de esa teoría desde una perspectiva concreta, la de los derechos sociales. Lo hago así porque creo que estos derechos suponen hoy la mayor dificultad a la hora de formular una teoría general de los derechos humanos: por tanto, examinar de qué manera el autor les ha encontrado acomodo en ella puede ser interesante no sólo para formarse una opinión sobre el trato recibido por los

derechos sociales, sino también para poner a prueba el carácter *general* de la propia teoría.

*Un lugar para los derechos sociales.* Las apariciones de los derechos sociales en el libro de Liborio Hierro son principalmente tres: primera, a la hora de narrar (de forma admirable, por cierto) la historia de los derechos humanos, donde aparecen como derechos de los trabajadores (98ss); segunda, a la hora de determinar qué derechos tenemos, donde aparecen como contenido del derecho a la igualdad (165); y tercera, a la hora de caracterizar a los derechos humanos como derechos fundamentales (esto es, como elementos de un sistema jurídico), cuando el autor justifica con buenas razones que los derechos sociales también pueden ser derechos fundamentales (204ss). Hay varios aciertos que deben destacarse:

(1) Los derechos sociales son derechos genéricos (de todos) y no específicos (sólo de los trabajadores), al menos en su mayoría: educación, sanidad, vivienda, cultura, etc. (y yo añadiría: trabajo, que también es un derecho de todos); aunque sea cierto que su mayor impulso lo recibieron del movimiento obrero.

(2) El fundamento axiológico de los derechos sociales no es distinto del de los

derechos civiles y políticos, es decir, no es cierto que los primeros deban vincularse con la igualdad y los segundos con la libertad, sino todos con la libertad

(3) La idea de que los derechos sociales son de segunda (o tercera) generación lleva a confusiones, como la de que surgieron en un momento histórico posterior al de los derechos civiles y políticos o la de que éstos son derechos “perfectos” por contraste con los sociales, que serían “imperfectos” por varias razones y, por eso, no serían derechos humanos genuinos. En cambio, el autor deja claro que (aunque recibieran su mayor impulso en un momento posterior) los derechos sociales pueden detectarse fácilmente ya en los tiempos fundacionales de la Revolución francesa, tanto en sus declaraciones de derechos como en la legislación que las desarrolló; y, por otra parte, los derechos sociales son tan “imperfectos” como los demás, es decir, y por simplificar, requieren mediación legislativa para ser eficaces, ciertamente, pero tal y como la han requerido también los demás derechos.

*Qué lugar para los derechos sociales: el derecho a la igualdad.* Liborio Hierro limita el número de

los derechos humanos a tres: seguridad, libertad e igualdad, como ya propuso en un trabajo del año 2000, publicado en el nº 23 de *Doxa*, que tuve ocasión de comentar allí mismo. No voy, por tanto, a reiterar lo que ya quedó escrito (que sigo suscribiendo en lo esencial), salvo en lo que toca a los derechos sociales. Una vez afirmado el vínculo de los derechos sociales con la libertad, sorprende que el autor los ubique como parte del derecho a la igualdad, restableciendo así su distinción con los derechos civiles y políticos, estos sí contenido del derecho a la libertad (o del derecho a la seguridad, según los casos). En efecto, el autor distingue entre el derecho a la libertad (que, entre otras cosas, contendría las “libertades necesarias para desenvolverse como agente moral”, 165) y el derecho a la igualdad (que, entre otras cosas, contendría los derechos que garantizasen la disposición de “un conjunto equitativo de condiciones para ejercer la libertad”, 165).

Esta distinción recuerda a la que establece Rawls entre la “libertad” y el “valor de la libertad”: si se respeta el primer principio de su teoría de la justicia, los miembros de la comunidad son libres; pero puede ser que esa libertad no tenga el mismo valor para todos (e incluso que no tenga ningún valor para algunos), si resulta que no quedan garantizados otros derechos a los que se refiere el segundo principio de su teoría (los derechos sociales, para abreviar), derechos que permiten

dotar de valor al ejercicio de nuestra libertad. Del mismo modo, Hierro parece diferenciar entre “ser titular de las libertades” (libertad) y “ser capaz de ejercer las libertades” (igualdad), es decir, que uno podría ser titular de las libertades y no ser capaz de ejercerlas. Esta distinción la encuentro problemática, tanto como la de Rawls; creo que ambas son tributarias en última instancia de la opción por un concepto negativo de libertad (a lo Isaiah Berlin), que encuentro insostenible por razones lógicas (en síntesis, los partidarios de ese concepto distinguen entre dos tipos de impedimentos que pueden obstaculizar la acción del sujeto: si concurren unos, dicen que no hay libertad; si concurren otros, dicen que hay libertad pero faltan las condiciones para ejercerla; el problema de esta distinción es que se lleva a cabo sobre una base arbitraria, dado que no existe un criterio claro que permita diferenciar unos impedimentos de otros).

Por otra parte, es cierto que la atribución de derechos sociales “igual” la condición de sus titulares; pero también es cierto que la atribución de cualquier otro derecho “igual” la condición de sus titulares, en tanto que titulares del mismo derecho (teniendo en cuenta que hablamos de derechos humanos, esto es, de derechos de “todos”). Por tanto, cualquier derecho sería, en este sentido, un derecho de igualdad, y no veo la razón por la que, a la hora de identificarlos, haya que privilegiar el vínculo de los derechos sociales

con la igualdad, cuando resulta que ese vínculo es predicable de cualquier otro derecho. El problema de fondo, creo, es la consideración de la igualdad como un valor, una consideración muy común pero muy extraña, puesto que resulta que: (1) no toda igualdad se considera valiosa, sino sólo alguna, de manera que el valor de la igualdad lo que exige en ocasiones es el trato desigual (!), es decir, el valor de la igualdad supone que a veces lo valioso es la igualdad y otras veces lo valioso es la desigualdad (¿no estaremos confundiendo la igualdad con la justicia?); y (2) no toda igualdad se considera contenido del derecho a la igualdad, sino sólo alguna, y así la igualdad en la titularidad de las libertades no expresa el derecho a la igualdad sino el derecho a la libertad, y lo mismo pasa con los derechos que aglutina el valor de la seguridad, que también igualan y son por tanto expresión de igualdad, pero no son considerados derechos de igualdad.

Como decía, uno de los aciertos del libro de Liborio Hierro es afirmar que el fundamento axiológico de los derechos sociales se encuentra en la libertad y no en la igualdad (99). Sin embargo, haberlos adscrito después a un genérico derecho a la igualdad podría debilitar esa afirmación y con ello minar el fundamento de los derechos sociales.

*Qué derechos sociales.* La teoría de los derechos humanos que nos ofrece Liborio Hierro no contiene un catálogo detallado de cuáles son esos derechos, más allá de la identificación de tres derechos genéricos (libertad, igualdad y seguridad) que contendrían a todos los demás. Las consecuencias de esta forma de identificar los derechos no son las mismas para los derechos sociales que para los demás. La razón es que, mientras que existe un acuerdo muy amplio acerca de cuáles son los derechos civiles y políticos, y por tanto las discrepancias al respecto relativamente pocas, no existe un acuerdo equivalente sobre cuáles son los derechos sociales (y no me refiero tanto a su “nombre”, sino a su contenido). Por tanto, aunque el autor no se refiera expresamente a los primeros, uno puede darlos por supuestos; en cambio, no se puede decir lo mismo de los derechos sociales, cuyos nombres son conocidos (educación, salud, trabajo, vivienda, etc.), pero no podemos dar por sabido lo que designan esos nombres, puesto que las discrepancias sobre su contenido son muchas y muy importantes. Un ejemplo bastará: puede darse por bueno que tenemos un derecho “al trabajo”, pero el alcance de este derecho resta ampliamente indeterminado; puede consistir en poco más que la libertad de trabajar o puede requerir, en el extremo opuesto, la abolición del trabajo asalariado y de la propiedad privada de los medios de producción. Naturalmente, las

consecuencias de todo tipo que conlleva optar por una u otra concepción del derecho al trabajo (o por cualquier otra de las muchas posibles) son relevantes e igualmente diversas.

En este punto, parece que la teoría de los derechos de Liborio Hierro se mantiene neutral, esto es, no determina qué derechos sociales tenemos, o qué contenido tienen nuestros derechos sociales. No se trata de que no contenga prescripciones al respecto: como ya sabemos, la teoría afirma la existencia de derechos sociales entre los derechos humanos, los agrupa en el derecho a la igualdad, niega que sean en ningún sentido derechos de rango inferior, y articula una cadena de argumentos muy precisos para descalificar la creencia de que los derechos sociales no pueden ser garantizados por un sistema jurídico en las mismas condiciones que los demás. Más allá de esto, hay que pensar que la teoría de los derechos de Liborio Hierro se pretende compatible con cualesquiera configuraciones del contenido de los derechos sociales, es decir, pretende mantener su validez con independencia de que se opte por una u otra de tales configuraciones. Ahora bien, ¿es sostenible esta pretensión?

La respuesta a esta pregunta será negativa si resultase que determinadas configuraciones de los derechos sociales son incompatibles con alguno de los elementos de la teoría. Si así fuera, y en materia de derechos sociales, la teoría poseería un

contenido mayor del que declara de manera explícita, puesto que dejaría fuera todas aquellas opciones incompatibles con el resto de sus elementos. Para mostrar más claramente lo que quiero decir, me referiré a una determinada configuración de los derechos sociales y a tres elementos de la teoría que podrían verse afectados por ella. A esa configuración la llamaré “socialista”, tal como he hecho en otras ocasiones. Que resulte atractiva o no, razonable o no, factible o no, son asuntos que no abordaré aquí: bastará con dar por supuesto que es una configuración posible y que sus partidarios no son del todo insensatos.

De acuerdo con una configuración socialista de los derechos sociales, éstos implicarían una desmercantilización completa de los ámbitos de la educación, la asistencia (sanitaria y de otros tipos, que son muchos más) y el trabajo. Además, en el ámbito del trabajo, esta configuración supondría la opción por formas alternativas de organización laboral, de difícil precisión a priori, pero en todo caso muy distintas de las propias de la economía capitalista. Tres elementos de la teoría de los derechos de Liborio Hierro podrían verse afectados por esta configuración de los derechos sociales: (1) el resto de los derechos reconocidos; (2) la forma del derecho subjetivo como propia de todos los derechos humanos; y (3) la caracterización de los derechos humanos como

derechos fundamentales en el seno de un sistema jurídico.

*¿Qué implicaciones para los demás derechos?*

Una configuración socialista de los derechos sociales supondría restringir severamente (hasta quizá el punto de desnaturalizarlos) dos derechos que suelen figurar en el catálogo de los derechos humanos: la propiedad privada y la libertad de empresa o de mercado. El derecho a la propiedad privada se vería restringido porque no podría ser ejercido sobre los medios de producción (la tierra, las materias primas, las fuentes de energía, la industria, la tecnología) ni tampoco sobre otros sectores vinculados con derechos sociales (las instalaciones y servicios educativos y asistenciales, por ejemplo); la libertad de empresa se vería restringida porque, además de no poder ejercerse en el ámbito de la educación y de la asistencia, no incluiría la posibilidad de contratar trabajo asalariado, al menos no en los términos típicos de la economía de mercado. ¿Plantea algún problema esta doble restricción a la teoría de los derechos que estamos examinando? No, porque nada nos dice sobre esos derechos. Se nos dice, en cambio, que el derecho a la libertad incluye “el conjunto de libertades necesarias para desenvolverse como agente moral” (165), pero no cuáles son esas libertades. Si la propiedad privada (aceptemosla como “libertad” a los solos efectos de este argumento, aunque su contenido resulta más complejo: 123) y la libertad de empresa no

son necesarias para ese desenvolvimiento, entonces pueden quedar excluidas del derecho a la libertad como derecho moral básico.

*¿Qué forma jurídica para los derechos sociales?*

En segundo lugar: los derechos sociales, configurados al modo socialista, ¿se adaptan a la forma del derecho subjetivo que Liborio Hierro predica para todos los derechos humanos? (puesto que serían “un tipo o especie de los derechos subjetivos”, 115). La pregunta tiene sentido porque hay quienes (por lo menos desde T. H. Marshall) han sostenido que los derechos sociales expresan ideales comunitarios exigentes y complejos que requieren reformas importantes de la estructura social y que, por eso, no se adaptan a la forma del derecho subjetivo (válida para pretensiones más simples y concretas); o que, si lo hacen, es a costa de renunciar a buena parte de su contenido y de su potencial emancipador, es decir, a costa de desnaturalizarse. Para determinar si este argumento supone algún problema para la tesis de Hierro, una primera cuestión a dilucidar es si el concepto de “derecho subjetivo” presente en la tesis de Hierro y en el argumento de Marshall (o de Atria) es el mismo. Yo diría que, en el argumento de Marshall, se maneja un concepto “jurídico” de derechos subjetivos, es decir, derechos establecidos por una norma jurídica que pueden ser garantizados jurisdiccionalmente. Si todo derecho es una “pretensión”, entonces la idea relevante ahora es

que la pretensión propia de un derecho subjetivo ha de poder ser satisfecha plenamente por un juez (con la mediación de las normas jurídicas necesarias). Si, por el contrario, una pretensión no puede ser plenamente satisfecha por un juez, un derecho subjetivo (jurídico) nunca podrá darle plena cobertura. Y el argumento que estamos manejando lo que supone precisamente es que las pretensiones en que consisten los derechos sociales no pueden ser satisfechas plenamente por los jueces: luego los derechos sociales no podrían ser derechos subjetivos (al menos, no del todo).

En la tesis de Liborio Hierro, los derechos subjetivos aparecen primero como derechos subjetivos “morales” (129), es decir, derechos establecidos por una norma moral, donde la cuestión de si pueden ser garantizados jurisdiccionalmente parece que no viene al caso (no tengo espacio para hacerlo aquí, pero esto podría discutirse; daré por bueno que el concepto de derecho subjetivo moral implica que la pretensión a la que se refiere es una pretensión individual y, en cambio, no implica que esa pretensión pueda satisfacerse plenamente a través de un correlativo derecho subjetivo jurídico). Si nos mantuviéramos en este plano moral, entiendo que el argumento de Marshall no sería procedente, porque se aplica sólo al plano jurídico. Así, cabría sostener acaso que los derechos sociales son derechos subjetivos morales, con independencia de que no puedan ser

derechos subjetivos jurídicos. La cuestión ahora es si la tesis de Liborio Hierro se limita al plano moral o si, por el contrario, se extiende también al ámbito jurídico.

Liborio Hierro aclara que sólo “aquellos deseos, intereses o necesidades que pueden instrumentarse normativamente como derechos subjetivos” pueden ser derechos humanos (129-130); pero esto no nos saca de dudas, puesto que el pasaje parece referirse todavía a los derechos subjetivos morales. En cambio, más adelante (en el capítulo VI) pasa al plano jurídico y ahí afirma que la tesis que pretende argumentar es la de que “los derechos económico-sociales son auténticos derechos subjetivos y no suscitan ningún problema específico que no hayan suscitado los derechos individuales y políticos” (206, nota). Para aclarar el sentido de esta tesis, conviene añadir aquí este pasaje posterior: “que existan derechos cuya satisfacción no puede obtenerse de forma directa y perfecta mediante una decisión judicial no resta nada a la fuerza del argumento moral que exige que ese derecho sea satisfecho, aunque su satisfacción requiera la actividad legislativa y ‘contar para su realización con una determinada estructura y organización en el campo económico y social’” (216; la parte final entrecomillada es una cita de Cascajo). Si lo entiendo bien, esto significa que un derecho social puede ser configurado como derecho subjetivo jurídico (y, por tanto, garantizable plenamente por

un juez), pero siempre y cuando medie la legislación necesaria y, sobre todo, ciertas condiciones estructurales y organizativas en el genérico ámbito de lo económico y de lo social. La idea de Liborio Hierro es que, en realidad, esto vale también para los derechos civiles y políticos, con la diferencia de que, a día de hoy, ya disponemos de la legislación y las condiciones estructurales, etc. necesarias, con lo que la supuesta diferencia de los derechos sociales es meramente coyuntural y no conceptual (la puesta en práctica de los derechos sociales ni siquiera necesitaría de técnicas específicas, tal como han sostenido reiteradamente Abramovich y Courtis, sino que bastaría con las técnicas propias de los demás derechos: 206, nota).

A partir de aquí se suscitan dos nuevas preguntas, que me limitaré a formular, porque corro el riesgo exceder los límites razonables de una reseña. La primera es la siguiente: esa legislación y esas reformas socio-económicas que requieren los derechos sociales para constituirse en genuinos derechos subjetivos jurídicos, cuando falten, ¿pueden ser promovidas también a través de la técnica del derecho subjetivo? Es decir, nuestros derechos sociales, configurados como derechos subjetivos, ¿incluyen la pretensión a que se dicte esa legislación y a que se pongan en marcha esas reformas? O lo que es lo mismo: ¿puede un juez satisfacer estas pretensiones? (por ejemplo, al estilo de algunas sentencias de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, como la *Pacheco Teruel*, de 2012, que exige del Estado hondureño una completa reforma de su sistema penitenciario en cumplimiento de su obligación de respetar el derecho a la integridad física y moral de las personas) ¿O, por el contrario, el derecho subjetivo accionable judicialmente sólo nace cuando ya se dispone de esa legislación y de esas nuevas estructuras socio-económicas?

La segunda pregunta es la siguiente: ¿no tienen los derechos sociales un sentido político especial del que carecen los demás derechos humanos? En el sentido de que las pretensiones que contienen se refieren al modo de organizar actividades o procesos comunitarios básicos (trabajo, asistencia, educación), y el cómo organizar estas actividades o procesos que constituyen la vida comunitaria es precisamente el sentido de lo político. ¿Y no afectaría ese sentido político a su configuración como genuinos “derechos fundamentales” en el seno de un sistema jurídico? De la insistencia de Hierro en negar que entre los derechos sociales y los demás derechos haya diferencias de concepto (o “esenciales”) cabría deducir que él asume que los derechos sociales carecen de ese sentido político especial. Sin embargo, otros elementos de su teoría parecen abonar una respuesta diferente, y esto nos lleva a un tercer elemento de su teoría, el de la posibilidad de configurar los derechos sociales como genuinos derechos fundamentales.



*Derechos sociales, constitucionalismo débil y coto vedado.* En efecto, a la hora de determinar el modo en que han de ser constitucionalizados los derechos, Liborio Hierro se muestra partidario de un constitucionalismo “débil”, de acuerdo con el cual “la última palabra, en las cuestiones controvertidas, tendría que ser la palabra de la mayoría”, lo cual requiere “la instrumentación de algún mecanismo que, en caso de desacuerdo genuino, haga posible que la última palabra le corresponda a la mayoría democrática” (202). Esto, desde luego, significa poner un límite a la competencia de los tribunales en materia de derechos fundamentales, y admitir que determinadas cuestiones de derechos fundamentales (las “controvertidas”) son cuestiones políticas. Ahora bien, ¿acaso no son particularmente controvertidas las cuestiones de la configuración y del alcance de los derechos sociales? Si lo son, eso supondría admitir su carácter político, y (en la medida en que sean cuestiones definitorias del sentido de los derechos implicados) también el carácter político de los propios derechos sociales. De aquí habrá que deducir que los derechos sociales no forman parte del coto vedado (ámbito sustraído a la discusión y la decisión políticas) salvo en una medida relativamente pequeña. Esta conclusión puede decepcionar a quienes creen que los jueces pueden hacer mucho a favor de los derechos

sociales; pero no debería olvidarse que esta conclusión no sólo significa una restricción de lo que los jueces pueden hacer a favor de los derechos sociales, sino también una restricción de lo que pueden hacer *en contra* de ellos. En todo caso: ¿hasta qué punto cabe seguir sosteniendo que, en el seno de un sistema jurídico, los derechos sociales son derechos fundamentales *como los demás*?

A modo de rápida y sintética conclusión, podemos decir que la teoría de los derechos humanos de Liborio Hierro se toma muy en serio los derechos sociales y muestra una loable flexibilidad ante las distintas configuraciones que pueden adoptar, pero no es inmune a las tensiones que los derechos sociales generan a cualquier teoría general de los derechos humanos. Esto último, lejos de constituir un demérito, muestra que la idea de los derechos humanos posee un grado de complejidad que la vuelve resistente a cualquier comprensión unitaria y general, cuando esta comprensión pretende al mismo tiempo ser relativamente detallada. Sin embargo, constatar esa resistencia no significa tener que renunciar a ese tipo de comprensión, sino sólo asumir que se trata de una tarea enrevesada y laboriosa, y que la teoría de los derechos humanos permanece abierta en varios de sus puntos esenciales y sujeta a múltiples controversias. Desde luego, no es a Liborio Hierro a quien haga falta recordárselo, como lo muestran sus muchos años de dedicación

a la tarea y la riqueza conceptual y argumentativa del libro reseñado, especialmente atento a las cuestiones más disputadas. No sé cuáles son sus proyectos de futuro, pero conociendo la curiosidad intelectual, la vocación académica y el buen ánimo de su autor, sería muy arriesgado calificar el libro como el resultado *final* de su empeño. En cambio, creo que no arriesgo nada al

calificarlo como una de las aportaciones mayores a la teoría de los derechos humanos de los últimos años, una de esas que nadie que pretenda conocimiento de la materia está en disposición de ignorar y, al tiempo, una base excelente para los no iniciados que quieran dejar de serlo.