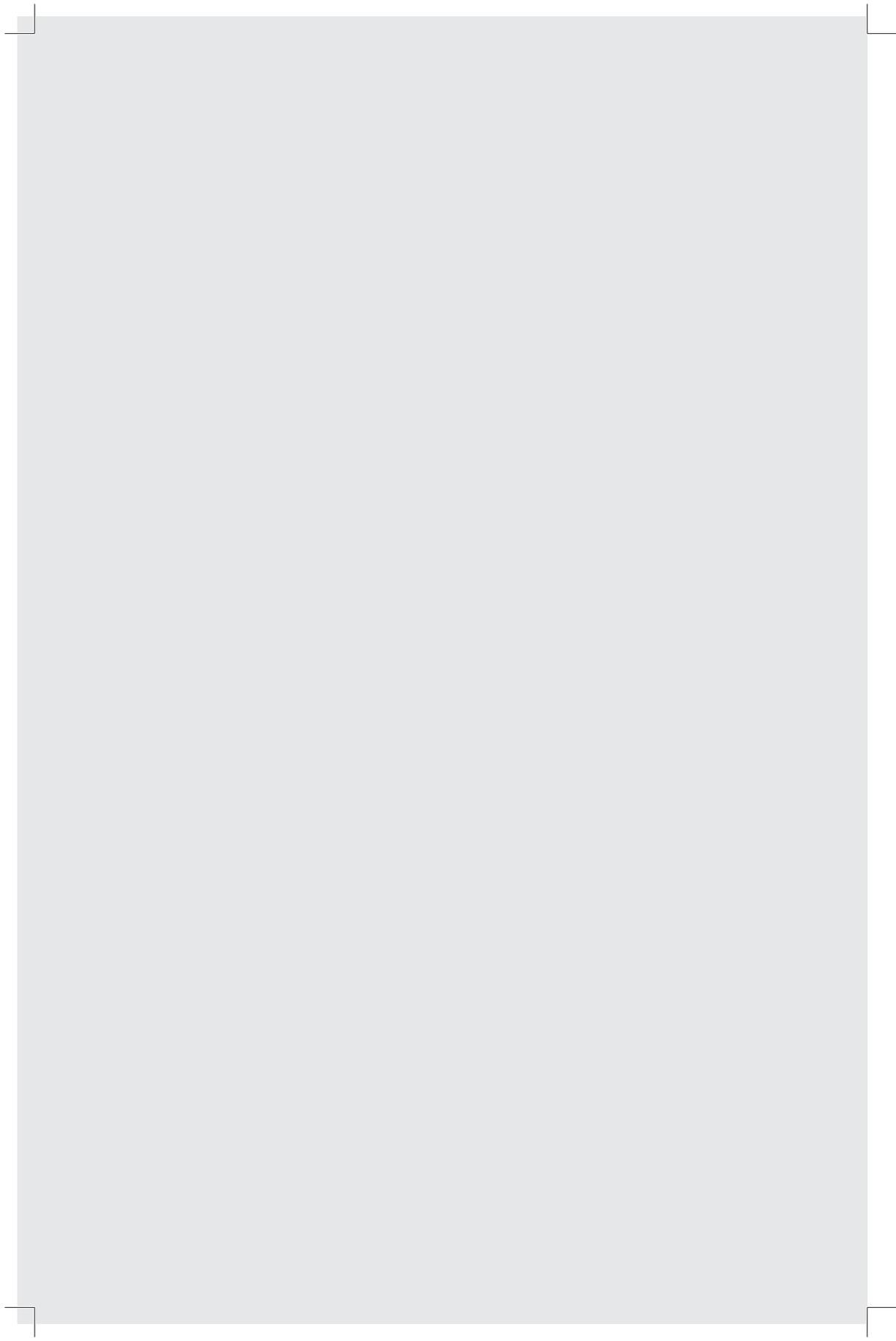


Justicia distributiva y Estado social.
¿Debe ser el Estado social un Estado igualitario?

Juan Antonio García Amado

SUMARIO

1. Presupuestos y exigencias del Estado social.
2. El Estado social no exige la igualdad económica y la igualdad económica no implica el carácter social del Estado.
3. Justicia distributiva e igualdad.
4. Sobre el significado de los derechos sociales y el Estado social.
5. Qué teoría de la justicia distributiva presupone el Estado social o con cuáles es compatible.
 - 5.1. Teorías libertaristas y Estado social.
 - 5.2. Justicia social pautada y Estado social.
 - 5.3. Igualitarismo y Estado social.
 - 5.3.1. Igualitarismo radical y Estado social.
 - 5.3.2. Igualitarismo condicionado y Estado social.
 - 5.3.3. Igualitarismo de la suerte y Estado social.
 - 5.3.4. Justicia como igualdad de oportunidades y Estado social.
 - 5.4. Teorías del bienestar mínimo y Estado social.
 - 5.5. Sobre exigibilidad y garantía de los derechos sociales.



I. PRESUPUESTOS Y EXIGENCIAS DEL ESTADO SOCIAL

Las nociones de Estado social y de derechos sociales tienen bastante que ver con la cuestión filosófico-política de la igualdad entre los ciudadanos. En su primera configuración histórica, como Estado absoluto, el Estado moderno se legitima por su capacidad para imponer la paz entre sus súbditos. Ulteriormente, el Estado liberal de Derechos tiene una fuente de legitimación adicional, consistente en el mantenimiento de la libertad personal, política y económica de los ciudadanos, libertad que se ve como íntimamente unida a la propiedad. El Estado social de Derecho, presuponiendo esas bases anteriores de legitimación del poder estatal, asume un compromiso más, que lo legitima también, el compromiso de que todos los ciudadanos tengan acceso a determinados bienes que dan satisfacción a necesidades cruciales de los individuos, bienes como sanidad, vivienda y educación, entre otros.¹ Este compromiso inmanente al Estado social tiene unas cuantas implicaciones muy relevantes:

— El Estado asume algún tipo de responsabilidad sobre la prestación de determinados servicios públicos, aquellos necesarios para que los derechos sociales sean satisfechos,² al menos en el grado que se estime como mínimamente exigido por esa cláusula de «social» que al Estado califica.

¹ Podemos asumir las palabras de Carlos Santiago Nino: «las necesidades cuyo reconocimiento es relevante analizar son las categóricas o absolutas, o sea, aquellas que están supeditadas a fines que no dependen de los deseos o preferencias de los agentes. Dado que el valor básico de una concepción liberal de la sociedad es la autonomía personal, esas necesidades deberían identificarse como estados de cosas que son prerequisites de esa autonomía» (Carlos Santiago Nino, «Autonomía y necesidades básicas», *Doxa*, 7, 1990, p. 22).

² Sobre la relación entre Estado social, derechos sociales y servicios públicos, véase, por ejemplo, Santiago Muñoz Machado, *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*, Madrid, Civitas, 1998, en particular pp. 107ss.

— El Estado carga con unos costes económicos derivados de la prestación de tales servicios, en particular de la prestación de los mismos a aquellos ciudadanos que no tengan medios económicos propios con los que pagarlos. No va en el concepto de Estado social ni en el de derechos sociales que servicios públicos como los de sanidad o educación deban ser gratuitos para todos los ciudadanos, pero sí el que todos los ciudadanos han de poder acceder a las correspondientes prestaciones, para que no se vean frustrados sus correspondientes derechos.

— Tales costes fuerzan al Estado a incrementar su actividad recaudadora, fundamentalmente por vía de impuestos, mediante la pertinente política fiscal. Ya no se trata meramente de que deba el Estado nutrirse de dineros con los que pagar la seguridad pública y los costes de un sistema jurídico-burocrático, político y de administración de Justicia. Ahora también se necesitarán recursos para, por ejemplo, construir escuelas y hospitales y abonar el salario de profesores de la enseñanza pública y médicos de la sanidad pública.

— Por pura «lógica» operativa, el Estado social está comprometido, por tanto, con una cierta política redistributiva de la riqueza entre sus ciudadanos, ya que no tendría sentido ni viabilidad que tratara de extraer aquellos recursos económicos necesarios para prestar los esos servicios de los mismos ciudadanos a los que, sin coste o con costes bajos, se deben prestar dichos servicios y no tienen capacidad para pagarlos.

En consecuencia, la relación entre Estado social y derechos sociales, por un lado, e igualdad y desigualdad económica, por otro, se hace patente. Por definición, un Estado social no es realmente tal o como tal fracasa cuando la gran riqueza de algunos se da al mismo tiempo que una falta de satisfacción mínima razonable de los derechos sociales más básicos de otros ciudadanos.

Veamos lo anterior con un ejemplo. Imaginemos un Estado que constitucionalmente se defina y deba funcionar como Estado social y en el que los derechos sociales más básicos estén formalmente garantizados en la Constitución; entre ellos, el derecho a la sanidad y el derecho a la educación. Imaginemos que son diez millones los habitantes de ese Estado y que, de esos, un quinientos mil viven en la absoluta pobreza y sin acceso ni a un sistema sanitario mínimamente aceptable ni a la enseñanza para niños y adolescentes. Sin embargo, cien mil personas de ese Estado tienen una grandísima fortuna. Los que quedan, nueve millones cuatrocientos mil, están un poco por encima del nivel de pobreza y pueden pagarse a duras penas una mínima sanidad y una básica educación. E imaginemos también que con el treinta por ciento de esas grandes fortunas alcanzara para garantizar un cierto nivel digno de educación y sanidad para todos. Si tal Estado no presta

esos servicios, teniendo la posibilidad de hacerlo mediante de una política fiscal que detraiga ese treinta por ciento de riqueza de los más pudientes y de unas políticas públicas de eficaz gestión de los servicios, ese Estado no podrá calificarse de Estado social en modo alguno.

2. EL ESTADO SOCIAL NO EXIGE LA IGUALDAD ECONÓMICA Y LA IGUALDAD ECONÓMICA NO IMPLICA EL CARÁCTER SOCIAL DEL ESTADO

Lo que acabo de decir no supone de ninguna manera que el Estado social requiera políticas de igualación económica como objetivo en sí o porque la igualdad económica sea en sí misma un valor o un bien que tenga que alcanzarse en tal Estado. Un Estado no es más Estado social si la desigualdad económica entre sus ciudadanos es menor, y el ideal del Estado social no se consumiría, sin más, allí donde la igualdad económica fuera plena. Veámoslo con unos ejemplos y diferentes escenarios.

Supóngase que el nivel de riqueza de cada ciudadano se representa en una escala de 0 a 10, y aceptemos también aquí que el grado de satisfacción de los derechos sociales está en perfecta correspondencia con las cifras de esa misma escala para cada ciudadano. Es decir, asumamos que un ciudadano con un nivel de riqueza de 2 tiene un grado 2 de satisfacción de sus derechos sociales, y que uno con riqueza 7 tiene sus derechos sociales satisfechos en grado 7. Acéptese también que el umbral de pobreza está por debajo de 2. Con un nivel de 5 se vive con holgura y pudiendo cada uno satisfacer por sí mismo y con calidad sus necesidades básicas. Un nivel de 10 equivale a altísima riqueza, algo así como lo que en la España de ahora mismo sería tener un patrimonio de unos mil millones de euros y unas rentas anuales por encima de los cinco millones de euros

Ahora comparemos dos estados, E^1 y E^2 , cuyas magnitudes aquí son las siguientes:

- E^1 : El 10% de la población está en 2 y el 25% está en 3 y el 65%, en 4.
- E^2 : El 10% de la población está en 5, el 65% en 6 y el 35%, entre 8 y 10.

En E^2 hay una mayor desigualdad, pues, en esa escala de diez, la diferencia entre los que tienen menos y los que tienen más es de entre 3 y 5 puntos, mientras que en E^1 esa diferencia es de 2 puntos. Pero si entendemos que un Estado cumple tanto más con su condición de Estado social cuanto más alto es en él el grado de satisfacción de los derechos sociales de sus ciudadanos, E^2 es un mayor o mejor Estado social que E^1 . Para no verlo así no tendríamos que hacer depender el grado en

que un Estado es social del nivel absoluto de satisfacción de los derechos sociales, diciendo que hay más Estado social cuanto mejor realizados están esos derechos en la población, sino de un nivel comparativo. En este caso, estimaríamos que hay más Estado social donde hay mayor igualdad económica aunque sea a costa de una menor satisfacción de los derechos sociales.

3. JUSTICIA DISTRIBUTIVA E IGUALDAD

Podríamos, sin embargo, preguntarnos si es más justo E^1 o E^2 . En la filosofía política contemporánea las teorías de la justicia social o justicia en la distribución que compiten son básicamente de tres tipos:

(i) *Teorías libertaristas*. Así se conocen habitualmente, aunque tal vez sería más preciso denominarlas *teorías de la justa adquisición o de titularidad*. Un ejemplo bien claro lo ofrece la doctrina de Robert Nozick.³ Lo justo es que cada cual tenga en plenitud lo que adquirió legítimamente, bien sea porque lo tomó cuando no era de nadie, bien sea porque le fue libremente transferido por quien era su titular. Contrario a la justicia social, para una teoría así, es la exacción coactiva de los bienes a quien es su titular legítimo y sea cual sea la razón con que esa exacción quiera justificarse. Bajo tal punto de vista, no es admisible ninguna política fiscal del Estado con propósitos redistributivos de la riqueza o de financiación de servicios sociales brindados por los poderes públicos a los que no puedan pagárselos.

(ii) *Teorías de justicia pautada*. Según este tipo de doctrinas, la justicia social imperará cuando en los repartos se respete cierta pauta. La estructura es del tipo «a cada cual según su x », pudiendo x ser cosas tales como el trabajo, el rendimiento o el mérito, entre otras. La pauta más común es la del mérito, de modo que esas teorías meritocráticas de la justicia se estructuran según el patrón de a cada cual según su mérito. Eso que a cada uno se ha de dar según su x (mérito, trabajo, rendimiento..., según los casos) son aquellos bienes cuya distribución social importe, a efectos, precisamente, de justicia social.

(iii) *Teorías igualitaristas*. Para el igualitarismo la norma básica de justicia social establece que nadie está legitimado para tener más que nadie de los bienes cuya distribución social importe a efectos de justicia social.

³ Robert Nozick, *Anarquía, Estado y utopía*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.

Hablaremos en lo que sigue de «bienes que importen» para referirnos a aquello que, según la doctrina o autor de que se trate, constituya el objeto cuya posesión o disfrute debe igualarse en alguna medida. Unos autores hablan más concretamente de riqueza o de recursos, mientras que otros hacen referencia a aquello que se logra con la posesión de ese objeto primero del reparto, como bienestar o felicidad, por ejemplo. Para simplificar, repito que aquí usaré la expresión «bienes que importen» y que presupondré que, sean los que sean, tienen en última instancia un valor económico o son traducibles a valor dinerario.⁴

Dentro de esas corrientes que genéricamente se denominan igualitaristas, las divergencias y las discusiones son grandes. Podemos aquí, sucintamente y para lo que nos interesa en este trabajo, diferenciar las siguientes variantes del igualitarismo.

a) *Igualitarismo radical*. Sociedad justa es aquella en la que todos sus miembros tienen la misma cantidad de bienes que importen. Por tanto, habrá injusticia social cuando unos tengan más y otros tengan menos.

Una de las más serias objeciones al igualitarismo radical (y a algunas teorías igualitaristas no radicales) es la llamada objeción de la igualdad por abajo o *levelling down*.⁵ No puedo entrar en detalle en la exposición de ese debate,⁶ pero la idea es la siguiente: el igualitarista puro preferirá una sociedad más igual en la que todos tengan menos que una sociedad menos igualitaria en la que tengan más incluso los menos afortunados. Si en la sociedad A la distribución es entre 10 y 1000 y en la sociedad B, igualitaria, la distribución es para todos de 5, será preferible la B porque la igualdad en ella es plena. Como bien explica O. Page Depolo, siguiendo los pasos de Derek Parfit, que fue el forjador principal de esta objeción, «adherir al principio de igualdad estricta implica considerar como

⁴ Nada tiene de ver este igualitarismo al que aludo con ideas como las de que todos los humanos poseemos idéntica dignidad, igual valor moral, igual merecimiento de respeto, etc.

⁵ «The Levelling Down Objection is, perhaps, the most prevalent and powerfull anti-egalitarian argument, and it underlies the thinking of most non-egalitarian as well as many who think of themselves as egalitarians» (Larry Temkin, «Equality, Priority, and the Levelling Down Objection», en: Matthew Clayton, Andrew Villiams (eds.), *The Ideal of Equality*, London, New York, Macmillan, 2000, p. 126.

⁶ Una buena exposición del debate puede verse en Oscar Horta, «Igualitarismo, igualdad a la baja, antropocentrismo y valor de la vida», *Revista de Filosofía*, 35, 2010, pp. 133ss. Entre las muchas tentativas para superar la objeción del *levelling dawn* posiblemente merece especial consideración, por su pormenor y sutileza, la de Thomas Christiano y Will Braynen, «Inequality, Injustice and Levelling Dawn», *Ratio*, 21, 2008, pp. 392ss.

moralmente bueno quitarle recursos a alguien única y exclusivamente con el fin de igualarlo al resto, incluso en aquellos casos en los que tal operación no haga que nadie esté mejor»⁷

b) *Igualitarismo condicionado*. El representante bien conocido de la postura que así denomino es John Rawls.⁸ Sabido es que, además del principio de libertad, que establece que todos han de tener el grado mayor de libertades que sea posible en compatibilidad con el disfrute igual de esas libertades por todos, Rawls consagra el principio de igualdad. A tenor del principio rawlsiano de igualdad, las desigualdades en el reparto de los bienes que importen solamente serían admisibles si se dan dos condiciones: que las desiguales posiciones sean accesibles a todos bajo un régimen estricto de igualdad de oportunidades y que el que esté peor en la sociedad desigual de que se trate esté, pese a todo, mejor de lo que estaría en una sociedad perfectamente igualitaria. Ese es el conocidísimo y muy debatido principio de diferencia del que habla Rawls.

Vemos, pues, que, en Rawls, lo que podríamos llamar la sociedad justa por defecto es la sociedad igualitaria, ya que los repartos desiguales deben legitimarse acreditando que benefician más que la igualdad a los menos favorecidos. En una sociedad igualitaria, obviamente, nadie tendría menos que otro, mientras que en una sociedad desigual siempre habrá quien tenga más y quien tenga menos. Pues bien, para que la sociedad desigual sea aceptable habrá que hacer ver que el que en ella menos tenga tiene, sin embargo, en ella más de lo que tendría si fuera igualitaria esa sociedad.

Lo anterior fuerza a que, con los esquemas de Rawls, una sociedad desigual nada más que puede legitimarse como justa con una política fuertemente redistributiva, no solo para que las oportunidades sean las mismas para todos y cada uno de los ciudadanos, sino también para que la posición de ningún ciudadano caiga por debajo de cierto nivel de bienes, nivel que viene marcado por lo que ese ciudadano (y todos los demás, naturalmente) disfrutarían en si dicha sociedad fuera igualitaria.

El choque con las teorías de justa adquisición y con las de justicia pautada es inevitable. Para que los que estén peor en la sociedad desigual no queden más abajo de aquel límite deslegitimador del reparto será necesario transferirles bienes de otros, de los que se encuentren por encima (o muy por encima) de tal límite. Y

⁷ Olof Page Depolo, «Igualdad, suerte y responsabilidad», *Estudios Públicos*, 106, 2007, p. 159.

⁸ John Rawls, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 2.ª ed., 1995.

eso tendrá que ser así con total independencia de que esos otros, de los que tales bienes se detraen para su transferencia a los más pobres, los hubieran adquirido y los estuvieran utilizando con total y absoluta legitimidad y sin abuso ni nada que reprocharles. Y al margen también de que eso que tenía cada uno de quienes se ven privados en aras de la redistribución se correspondiera exactamente con alguna pauta de reparto que se considere en principio o adicionalmente apropiada, como su mérito, su rendimiento, su trabajo, etc. Recuérdese que, según Rawls, ninguno de nosotros propiamente merece los atributos con que nace y los talentos suyos que le permiten, por ejemplo, ser muy laborioso y concienzudo, o ser un gran inventor o un gran científico y obtener legítimamente grandes bienes. Puesto que no es mérito de cada uno venir al mundo con ciertos dones, a nadie se hace injusticia al socializar de algún modo los rendimientos que gracias a esos dones obtiene cada uno.

c) *Luck egalitarianism* o *igualitarismo de la suerte*. Hay acuerdo general en que la primera y formulación, todavía algo elemental, de este punto de vista fue obra de Dworkin.⁹ Después ha seguido una ingente bibliografía y un amplio debate.

El núcleo básico y común de esta teoría de la justicia social podría resumirse del siguiente modo. Las posibilidades que cada cual tiene de conseguir más o menos de los bienes que importan están condicionadas por o son dependientes de dos tipos de factores: hechos o circunstancias sobre cuyo acaecimiento y efectos el individuo no posee ningún control y sucesos o eventos dependientes de decisiones individuales, sometidos al dominio del individuo y cuyos riesgos el individuo con su acción asume. Ejemplos de lo primero pueden ser el nacer con una minusvalía física, el venir al mundo en un ambiente social que determine una gran desventaja, el sufrir un accidente sin culpa propia, el padecer los efectos de alguna catástrofe natural, etc. Ejemplo extremo de lo segundo se da cuando el sujeto decide jugarse sus bienes al bingo o la ruleta. Supuesto menos radical de lo mismo lo tenemos cuando alguien en lugar de aplicarse al estudio y a su formación para ejercer una profesión bien remunerada, prefiere abandonarse o darse a la pereza. Pues bien, para el igualitarismo de la suerte «importa cómo ocurren las desigualdades. Dicho brevemente, el igualitarismo de la suerte proclama que la desigualdad es mala o injusta si refleja diferencias derivadas de factores que se hallan fuera del control

⁹ Ronald Dworkin, «What is Equality? Part 1: Equality of Welfare», *Philosophy and Public Affairs*, 10, 1981, pp. 185-246 y «What is Equality: Part 2: Equality of Resources», *Philosophy and Public Affairs*, 10, 1981, pp. 283-345. Estos dos trabajos fueron después recogidos en R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

o la elección de los que están peor. También afirma que la desigualdad no es mala o injusta si es el resultado de elecciones calculadas del individuo».¹⁰

Según esta doctrina del *luck egalitarianism*, las desventajas o desigualdades «competitivas», por así decir, que alguien padezca por su pura mala fortuna, por azares totalmente ajenos a su control y su responsabilidad, deben ser compensadas y, por supuesto, esa compensación o igualación será con bienes que se habrán de detraer de otros, independientemente de que estos otros los hubieran logrado legítimamente y los tuvieran con justo título. En cambio, aquellas desigualdades perjudiciales o peores condiciones que alguien tenga como efecto de la mala suerte habida en acciones que dependían de su control y habiendo él asumido los riesgos correspondientes no merecen compensación ninguna.

Parece, pues, que según el igualitarismo de la suerte cada persona ha de ser colocada inicialmente en una posición igual que todas las demás, lo que puede interpretarse como necesidad de igualar las oportunidades de todos.¹¹ Solo que las desigualdades que a partir de esa equiparación inicial se produzcan deberán corregirse si son puro resultado de la mala suerte como azar ajeno al control del sujeto, y no deberán ser corregidas si se deben a la mala suerte derivada de acciones debidas a la responsabilidad del mismo.

d) *Igualitarismo de las oportunidades*. Aquí se trata de que cada persona debe ser inicialmente dotada de los medios para competir con plena igualdad por los puestos sociales desiguales; es decir, por la desigualdad en la tenencia de los bienes que importen. Así, si, por ejemplo, un elemento que condiciona el éxito a la hora del futuro acceso al más alto grado de tenencia de esos bienes es un buen nivel educativo, el acceso a ese buen nivel de educación ha de proporcionarse por el Estado a todos aquellos que por sus propios medios no lo puedan conseguir. Pero, a partir de esa igualación en las posibilidades iniciales o en el punto de arranque, lo que cada cual consiga ya no dará pie a más compensaciones; o sea, ni habrá que compensar al que no sacó mejor partido a sus iguales oportunidades ni, para compensar a ese, se deberá detraer del que sí aprovechó mejor o fue más capaz de exprimir sus oportunidades. En otras palabras y más claramente: si parten todos de 20, que es el mínimo requerido para que cualquiera pueda llegar a 100, y luego unos tienen 99, otros se quedan

¹⁰ Iwao Hirose, *Egalitarianism*, London, New York, Routledge, 2015, p. 41. Similarmente, Kasper Lippert-Rasmussen, *Luck Egalitarianism*, London, etc., Bloomsbury, 2016, p. 4.

¹¹ Véase, entre muchos, Peter Vallentyne, «Brute Luck, Option Luck, and Equality of Initial Opportunities», *Ethics*, 112, 2002, pp. 529ss.

en 20 y otros bajan a 10, nada hay que igualar, salvo en lo referido a restaurar lo igual de las oportunidades para la generación siguiente. Y nada habrá que compensar no sólo si la mala situación de los que quedaron peor obedece a sus propias decisiones y acciones o eventos sometidos a su control, sino tampoco si es por la pura mala fortuna, *brute luck*.

Retornemos ahora a la comparación entre los estados E^1 y E^2 , recordando los datos con los que jugábamos en el ejemplo, que eran estos:

- E^1 : El 10% de la población está en 2 y el 25% está en 3 y el 65%, en 4.
- E^2 : El 10% de la población está en 5, el 65% en 6 y el 35%, entre 8 y 10.

Para el igualitarismo radical o igualitarismo puro, ambas sociedades son injustas, y, dentro de eso, es más injusta la más desigual, E^2 . Para el igualitarismo condicionado, del tipo del que establece el principio de diferencia de Rawls, es claro que es preferible¹² E^2 porque ahí están mejor los que menos tienen, pero de inmediato hay que aclarar que la comparación decisiva no es entre alternativas de sociedades con desigualdad, sino entre la sociedad desigual en la que estén mejor los que menos tengan y la igualdad en esa misma sociedad. Es decir, puesto que en E^2 los que menos tienen están en 5, habría injusticia en E^2 si cupiera una distribución igualitaria en esa sociedad y resultara que cada uno tuviera, con tal organización igualitaria, 6 o más.

Pero véase el siguiente matiz muy importante. Hemos dicho que en E^2 el 10% de los ciudadanos tienen 5 y el 65% tiene 6 y que el 35% tienen entre 8 y 10. Si igualamos a todos en 6, esa sociedad, para Rawls, sería más justa que la de E^2 , pero habría una pérdida neta de bienes que importan o del bienestar que brindan.

Veámoslo con un supuesto más sencillo, que podemos llamar el de $E^{2'}$. En $E^{2'}$ hay un millón de ciudadanos. De ellos, mil tienen 3 y 999.000 tienen 9. Si, en igualdad, resultara que todos y cada uno tuvieran 4, esa sociedad sería preferible, por más justa, para Rawls. Pero habría mil que habrían pasado de 3 a 4 y 999.000 que habrían perdido 5. De donde resulta que:

$1000 \times 1 = 1000$: esa es la ganancia total con la igualdad.

$999.000 \times 5 = 4.995.000$: esa es la pérdida total con la igualdad.

¹² Supuesto también, en el caso de Rawls, que a las posiciones desiguales se pueda acceder bajo condiciones de igualdad de oportunidades.

Si miramos promedios, el promedio de bienes que importan que tiene esa sociedad con la distribución desigual con la que estamos jugando es la siguiente:

$$1.000 \times 3 + 999.000 \times 9 = 8.994.000.$$

$$8.994.000 : 1.000.000 = 8,994$$

En cambio, el promedio con una división igualitaria que diera a todos 4 estaría en 4, evidentemente. La pérdida total en el promedio de bienes sería de 4,994.

(iv) *Teorías del bienestar mínimo o «suficientistas»*

Se alude en este apartado a las teorías de la justicia social que no calificamos como igualitaristas porque no tienen carácter relacional. Quiere con eso decirse que a estas doctrinas no atienden a que haya diferencia mayor o menor entre unos que tienen más y otros que tienen menos de los bienes que importan, sino que solamente se preocupan de que no esté por debajo de un cierto mínimo los que tengan menos de los bienes que importan. Llamemos M a ese mínimo imprescindible de los bienes que importan. Puede incluso suceder, bajo este punto de vista, que una sociedad que fuera plenamente igualitaria y en la que todos tuvieran, por igual, una cantidad de bienes que importan inferior a M, resultara una sociedad radicalmente injusta debido a que el mínimo marcado por M por nadie es alcanzado. Cuantas más personas se encuentren por debajo de ese umbral, más injusta será esa sociedad.

En el debate americano, las teorías que más claramente se agrupan en este apartado son las que reciben el nombre de suficientismo (*sufficientarianism*) o teorías suficientistas. El principio que está en la base de esta teoría y que se puede llamar *principio de suficiencia*, es presentado por uno de sus defensores más destacados, Robert Huseby, en los siguientes términos: «es en sí mismo malo que una persona no tenga un nivel suficiente de bienestar. Es peor cuanto más lejos está una persona de un suficiente nivel de bienestar (y especialmente malo si las necesidades básicas de la persona no están satisfechas), y es peor cuantas más sean las personas que no tienen suficiente nivel de bienestar».¹³

¹³ Peter Huseby, «Sufficiency: Restated and Defended», *The Journal of Political Philosophy*, 18, 2010, p. 180. Otra definición del «Sufficiency Principle» es la que proporciona Roger Crisp, que junto con Harry Frankfurt es seguramente el más sobresaliente expositor del suficientismo: «compassion for any being B is appropriate up to the point at which B has a level of welfare such that B can live a life which is sufficiently good» (Roger Crisp, «Equality, Priority, and Compassion», *Ethics*, 113, 2003, p. 762).

Naturalmente, la dificultad grande consiste en delimitar ese mínimo o señalar qué tipo de bienes en concreto se deben disfrutar, y en qué grado o medida, para que ese mínimo determinante sea satisfecho. De momento no voy a entrar en esas precisiones o en el análisis de las propuestas que al respecto se han hecho, y nos quedaremos con lo que de intuitivamente hay de comprensible en estos planteamientos. O, dicho de otra forma, si bien no es fácil señalar exactamente qué cantidad de cada bien determinante se ha de poseer por cada cual para sobrepasar el umbral de referencia, sí parece más sencillo ponerse de acuerdo en que la carencia completa o muy fuerte de cosas tales como alimentación, vivienda, educación o sanidad implica un tal grado de privación, que podemos comprender que, en tales casos, ni con mucho se satisface ese umbral mínimo de lo que se puede considerar una vida digna.

No escasean los autores que han explicado lo mismo resaltando que se trata de que cada ciudadano tenga aceptablemente satisfechas sus necesidades básicas, de forma que pueda organizar su existencia y vivir su vida como ser realmente autónomo y dueño en buena parte de sus decisiones y su destino.¹⁴ Como explica George Sher en un libro reciente, se trata de que a cada persona se le dé la posibilidad de vivir efectivamente su propia vida.¹⁵ Eso no se consigue eliminando mediante compensaciones todas las consecuencias negativas resultantes de circunstancias azarosas de las que el sujeto no es responsable (dotación genética, ausencia innata de tal o cual talento, accidentes o catástrofes naturales que afectan al individuo...), sino simplemente brindando a cada uno los medios que le permitan ser dueño de sí mismo y no estar a merced de cosas tales como la falta de alimento, la ausencia de educación o la enfermedad.¹⁶ Como el propio Sher subraya, ese planteamiento es compatible con la existencia de desigualdades sociales. No sólo con las que son efecto de las elecciones responsables de los sujetos, sino también de las que provienen de circunstancias sobre las que el individuo no tiene control y que los *luck egalitarians* dicen que habría que corregir. Como este autor indica, el criterio que debe regir la distribución no es el de la igualdad, sino

¹⁴ Vid., por ejemplo, George Sher, *Equality for Inegalitarians*, Cambridge University Press, 2014, pp. 103-105, 132.

¹⁵ *Ibid.*, p. 10.

¹⁶ «... hay ciertos niveles de riqueza y oportunidad que una persona debe tener a fin de que pueda vivir *algún* tipo de vida efectivamente. Esos niveles están determinados, en parte, por el hecho obvio de que aquellos que son desesperadamente pobres no pueden mirar más allá de sus necesidades inmediatas, no pueden razonablemente hacer y seguir planes a largo plazo y tienen pocas oportunidades para gobernar su propio destino» (*ibid.*, p. 12).

el de la suficiencia. «Tan pronto como cada uno tenga suficiente de cada bien, no necesitaremos reclamar igualdad en la distribución».¹⁷

Uno de los más claros representantes del «suficientismo» es Harry G. Frankfurt. En su reciente librito titulado *On Inequality*¹⁸ resume Frankfurt las ideas que al respecto venía defendiendo desde hace décadas.¹⁹ Lo que Frankfurt destaca es que la igualdad no tiene un valor moral intrínseco, no es, en sí y por sí, un valor con relevancia moral. «La igualdad económica no tiene, como tal, particular importancia moral. Por lo mismo, la desigualdad económica no es en sí misma moralmente objetable. Desde el punto de vista de la moralidad no es importante que cada uno tenga *lo mismo*. Lo que es moralmente importante es que cada uno tenga *suficiente*».²⁰ De ahí que a esta su doctrina, alternativa al igualitarismo, la llama Frankfurt «doctrina de la suficiencia».²¹

En lo que Frankfurt insiste es en que la igualdad, como igualdad económica, no tiene un valor *intrínseco*. Eso no quita para que la igualdad pueda ser un objetivo importante o que haya de perseguirse cuando tiene un valor *instrumental*; es decir, cuando la igualdad económica es un medio necesario, una «condición necesaria», para la realización de fines que sí tienen importancia en sí, valor intrínseco.²²

Me permitiré aquí un ejemplo de mi propia cosecha para ilustrar esta diferencia entre valor intrínseco y valor instrumental de la igualdad. Supongamos que Juan y Pedro tienen el mismo trabajo y han seguido una trayectoria vital similar. Sus recursos económicos también vienen siendo casi idénticos, hasta que un día a Pedro le toca un gran premio de la lotería. Ahora la riqueza de Pedro es cien veces mayor que la de Juan y, consiguientemente, podrá permitirse también un muy superior nivel de bienestar. Si la igualdad económica tiene un valor moral en sí, deberemos conceder que es sumamente inmoral o injusta esa diferencia de riqueza que ahora se ha creado entre los dos. Si hablamos de justicia social y la ligamos con los compromisos que legitiman al Estado, tendremos que decir también que el Estado debería hacer cuanto estuviera en su mano para reducir esa desigualdad y, a ser posible, conseguir que lo que los dos tengan vuelva a ser igual. Más aun, podría

¹⁷ Ibid., p. 13.

¹⁸ Princeton, Princeton University Press, 2015. Hay traducción al castellano: *Sobre la desigualdad*, Barcelona, Paidós, 2016, traducción de Antonio F. Rodríguez Esteban.

¹⁹ Harry G., Frankfurt, «Equality as a Moral Ideal», *Ethics*, 98, 1987, pp. 21-43; «Equality and Respect», *Social Research*, 64, 1997; «The Moral Irrelevance of Equality», *Public Affairs Quarterly*, 14, 2000, pp. 87-103.

²⁰ Harry G. Frankfurt, *On Inequality*, cit., p. 7.

²¹ Ibid., p. 7.

²² Ibid., p. 9, pp. 16-17, 68.

pensarse que el Estado no debería permitir loterías con premios importantes, ya que el efecto inmediato es el de que los más afortunados tengan mucho más que los otros, que la gran mayoría de sus conciudadanos.

Pero podemos también imaginar otros escenarios muy distintos. Pongamos que hay una sociedad en la que las mujeres padecen una muy fuerte discriminación social. Son discriminadas en lo económico, lo profesional, lo familiar, lo artístico, la vida ordinaria de relación, etc. Muy pocas mujeres, ahí, logran vencer tantas trabas y hacerse médicos o juristas o exponer sus obras de arte y publicar sus trabajos literarios o participar en la vida científica del país, etc. Es muy posible que, si se pretende terminar con tales discriminaciones, se concluya que una buena herramienta sería la de equiparar económicamente las mujeres a los hombres, hacer que su situación económica y el dinero del que pueda cada una disponer no esté por debajo del que disfrutaban los varones. Presuponiendo que ese fuera un medio apropiado para ir acabando con las discriminaciones sociales y las consiguientes opresiones a las que las mujeres se ven sometidas, tendríamos ahí que la igualdad económica entre mujeres y hombres tendría un valor instrumental. Allí donde socialmente hubiera entre damas y varones igualdad y ninguno oprimiera o marginara al otro, ninguna razón habría para sostener que deben una mujer cualquiera y un hombre cualquiera tener igualdad económica plena, del mismo modo que no hay razón para exigir igualdad económica plena entre rubios y morenos o entre gentes con los ojos azules o con los ojos marrones. Pero donde la igualdad económica entre unos y otras sea condición necesaria para evitar la opresión, la igualdad en lo económico adquiere ese valor instrumental.

Volvamos al hilo de Frankfurt. Según Frankfurt, lo que hace que intuitivamente nos resulte ofensiva la desigualdad no es que unos posean menos dinero que otros, sino el hecho de que los que tienen menos tengan demasiado poco.²³ El problema no está en la diferencia cuantitativa, sino en la deficiencia cualitativa absoluta.²⁴ Cuando los que tienen menos tienen sin duda más que suficiente, no es moralmente rechazable que otros tengan mucho más.²⁵ «Aquellos que están considerablemente peor que otros pueden, sin embargo, estar muy bien».²⁶

Imaginemos nosotros un caso para ilustrar esto que se acaba de explicar. Pongamos que en la España de ahora mismo y con los costes que los bienes y servicios aquí ahora mismo tienen, por un milagro resultara que los más desfavorecidos

²³ Ibid., p. 41.

²⁴ Ibid., pp. 41-42.

²⁵ Ibid., p. 43.

²⁶ Ibid., p. 71.

de los que en este país viven obtuvieran unos ingresos anuales de cien mil euros y que, además, los servicios públicos esenciales, como educación y sanidad, estuvieran muy bien cubiertos por el Estado. Un diez por ciento de los españoles, los más pobres, ingresan esos cien mil euros anuales. El resto de la ciudadanía, de ahí hacia arriba. Hasta llegar al uno por ciento de los más ricos, cuyos ingresos al año superan los mil millones de euros. La desigualdad sería tremenda, pero, según lo que Frankfurt nos ha hecho ver, nada de inmoral hay en la misma, presuponiendo (añado yo) que cada uno, incluidos esos riquísimos, consiga sus ingresos de modo perfectamente legal y legítimo, con pleno respeto a las reglas de juego comunes y no siendo esas reglas objetables por tendenciosas o parciales.

Dice Frankfurt que, en sentido moralmente relevante, una persona no es pobre por tener menos que otra, sino porque no tiene lo suficiente.²⁷ E insiste en que «no hay conexión necesaria entre estar en la parte baja de la sociedad y ser pobre, en el sentido en que la pobreza es una barrera seria y moralmente objetable para tener una buena vida»²⁸

Como ya he indicado, el problema está en definir lo que sea esa suficiencia. Frankfurt considera que una persona tiene suficiente cuando es razonable que esté contento con no tener más de lo que tiene.²⁹ Apenas desarrolla este criterio, pero podemos pensar que la clave está en el elemento objetivo que se introduce al mencionar la «razonabilidad». Yo puedo tener una gran holgura económica y, sin embargo, sentirme desdichado porque mi riqueza es mucho menor que la de Amancio Ortega, Carlos Slim o Bill Gates, pero seguramente se me podría reprochar que no soy razonable y que, si miro lo que yo tengo y qué vida puedo vivir con ello, si dejo de buscar comparaciones con los más afortunados y si dejo de evitar comparaciones con los más desgraciados, captaré enseguida que me sobran motivos para sentirme bien satisfecho, ya que soy libre para manejar mi vida y elegir entre una multitud de opciones vitales importantes.³⁰

²⁷ Ibid., p. 45.

²⁸ Ibid., p. 70.

²⁹ Ibid., p. 48. Similarmente, Huseby propone que el mínimo nivel de bienestar viene dado por aquel con el que una persona está contenta, teniendo en cuenta que contenta no significa ausencia de todo deseo de tener más, sino «satisfacción con la calidad en general de su vida» (Robert Huseby, *Sufficiency: Restated and Defended*, cit., p. 181).

³⁰ En verdad Frankfurt no lo explica así y no aclara mucho su tesis. Dice: «Hay dos tipos de circunstancias en las la cantidad de dinero que una persona tiene es suficiente; es decir, en las que más dinero no le permitiría ser significativamente menos desdichado. Por un lado, puede suceder que una persona no sea en modo alguno desdichada: no padece ningún grado apreciable de angustia o insatisfacción con su vida. Por otro lado, puede suceder que aunque una persona sea

Así concluye Frankfurt: «Si una persona tiene recursos suficientes para proveer a la satisfacción de sus necesidades y sus intereses, sus recursos son completamente adecuados; su adecuación no depende adicionalmente de cuántos sean los recursos poseídos por otras personas».³¹

4. SOBRE EL SIGNIFICADO DE LOS DERECHOS SOCIALES Y EL ESTADO SOCIAL

Como segunda parte, quisiera brevemente plantear cuál es la relación entre igualdad, por una parte, y Estado social y derechos sociales, por otra. Dicho de otra manera, lo que me pregunto es si el Estado social de Derecho, con el que nuestra Constitución compromete a España desde su artículo 1, y los derechos sociales, también constitucionalmente acogidos, ligan necesariamente a nuestro Estado con alguno de los mencionados modelos de justicia social y, más particularmente, con algún tipo de planteamiento igualitarista.

Los puntos de partida, bien conocidos, pueden ser sucintamente enumerados, por referencia a preceptos de nuestra Constitución.

— El art. 1.1 CE dice que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

— Art. 9.2 CE: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

— Art. 10.1 CE: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

— Art. 14 CE: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

— Art. 27 CE: derecho a la educación.

— Art. 31.1 CE: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado

infeliz por cómo su vida transcurre, el tener más dinero no le aliviaría los inconvenientes resultantes de su infelicidad», como pasa, por ejemplo, si alguien está enamorado y no es correspondido (Ibid, p. 50).

³¹ Ibid., p. 74.

en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio». Art. 31.2 CE: «El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía».

— Art. 33.1 CE: «Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia». 33.2: «La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes». 33.3: «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

— Art. 35.1 CE: «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».

— Art. 37.1: «La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios». 37.2: «Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo...».

— Art. 38 CE: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

— Art. 41 CE: «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres».

— Art. 43.1: «Se reconoce el derecho a la protección de la salud». Art. 43.2: «Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios...».

— Art. 47: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación».

— Art. 49 CE: «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».

— Art. 50 CE: «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio».

No son todos los preceptos que podrían tener relación con nuestro tema, pero son los más relevantes al respecto.

Recordemos que hace un momento repasamos cuatro concepciones actuales de la justicia social o justicia distributiva, que eran la libertarista, la de justicia pautada, la igualitarista y la suficientista, y que dentro de las doctrinas igualitaristas diferenciamos entre igualitarismo radical, igualitarismo condicionado, igualitarismo de la suerte e igualitarismo de las oportunidades. Pues bien, lo que ahora quiero preguntarme es si el Estado social, tal como prototípicamente aparece pergeñado en la Constitución Española, está conceptual o pragmáticamente comprometido con alguna de esas concepciones de la justicia social o si, al menos, alguna de esas concepciones refleja los requisitos primigenios de un Estado social.

Hay que empezar por unas elementales precisiones. Llamaré aquí Estado social a aquel que por imperativo constitucional está abocado a la protección y realización de los derechos sociales, como derechos fundamentales y al margen del tipo de garantías que para los derechos sociales u otros tipos de derechos fundamentales se dispongan. Y al hablar de derechos sociales estaré aludiendo exclusivamente a aquellos que reúnen las siguientes características: a) sirven a la satisfacción de alguna necesidad individual de las que podemos considerar necesidades básicas; b) al menos en lo que a ciertos ciudadanos se refiere, su satisfacción requiere directamente alguna acción positiva del Estado, no una mera abstención o tolerancia; c) esa acción positiva requerida tiene unos costes económicos que el Estado debe asumir, razón por la que la satisfacción de tales derechos depende, entre otras cosas de la política fiscal y la capacidad recaudatoria del Estado.

No pretendo indicar que solamente tenga sentido denominar derechos sociales a los que encajen en ese cuadro, sino que nada más que puntualizo que aquí me voy a referir tan solo a los que tengan esos caracteres. Fueran quedan otros que la doctrina, con buenas razones, suele incluir entre los derechos sociales, como el derecho a la sindicación, el derecho de libertad sindical o el derecho a la huelga, o como el derecho al medio ambiente, por ejemplo.

5. QUÉ TEORÍA DE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA PRESUPONE EL ESTADO SOCIAL O CON CUÁLES ES COMPATIBLE

Hechas esas precisiones conceptuales y tomada la Constitución Española como patrón ejemplificativo del diseño de un Estado social,³² pongamos en relación ese Estado social y las teorías de la justicia distributiva y veamos qué resulta.

5.1. *Teorías libertaristas y Estado social*

Las teorías libertaristas son incompatibles con el Estado social. Esto es bien sabido y no merece la pena extenderse en explicaciones de sobra conocidas. El Estado mínimo o ultramínimo que reclaman y que sería un Estado sin más política fiscal y recaudadora que la imprescindible para mantener, si acaso, un exiguo servicio público de seguridad para la vida, la integridad física, la libertad y la propiedad, es un Estado que por definición carecería de medios para financiar políticas públicas y servicios públicos que dieran satisfacción a derechos como el derecho a la educación, el derecho a la vivienda o el derecho a la sanidad.

5.2. *Justicia pautada y Estado social*

Cualquier teoría de las que he llamado de justicia pautada tiene un carácter en cierto sentido formal y una función que nada más que puede ser complementaria de otros esquemas de distribución de los que impone el Estado social, con sus derechos sociales. Explicaré esto y comenzaré con un ejemplo.

Si hablamos de fútbol y futbolistas y nos preguntamos cuál puede ser el sueldo adecuado para los futbolistas profesionales, podemos muy razonablemente proponer diversas pautas, como que cada uno cobre en proporción a los goles que meta, a los minutos que juegue durante el campeonato de liga, a su antigüedad en el equipo, a su edad, etc. Para fijar los sueldos, pautas así podrían también combinarse. Pero, sea como sea, lo que esos patrones no resuelven son cuestiones como la de cuántas deben ser las vacaciones anuales de los futbolistas, cuáles sus horarios máximos de entrenamiento o qué tipo de seguro de salud hayan de tener.

Muy similarmente, tiene perfecto sentido que opinemos que, en términos generales, el nivel de riqueza o de bienestar de los ciudadanos debería ser proporcional a cosas tales como su trabajo y esfuerzo, su aportación a la riqueza colectiva o su mérito. Pero no parece nada razonable que pensemos que cualquiera de esas pau-

³² Evidentemente, no entro aquí en el debate sobre cuánto se cumpla en la realidad de los hechos, en España, el modelo de Estado social constitucionalmente dibujado.

tas ha de gobernar el derecho a la educación o el derecho a la sanidad, de manera que los tengan satisfechos en mayor medida los que más trabajen o más méritos acumulen.³³ Por ejemplo, que se diga que el derecho de un niño a recibir de la sanidad pública un tratamiento contra la leucemia depende de cuánto de laborioso sea ese niño o de cuánto hayan trabajado sus padres o de cuáles sean los méritos de esos progenitores. O que se opine que la calidad de la educación pública que se proporcione a un niño pobre tiene que depender de cuánto de esmerados o perezosos o de activos o apáticos sean sus familiares.

Así pues, las teorías de la justicia pautada ofrecen útiles criterios de distribución social y a mí, particularmente, me agrada mucho la que usa el mérito como referente primero, pero esas teorías nada resuelven en relación con los derechos sociales. En otras palabras, y con algo más de precisión, las teorías de justicia pautada pueden tener aplicación allí donde los derechos sociales ya están satisfechos al menos en el grado mínimo razonablemente requerido en un Estado democrático real, y se refieren a lo que podríamos denominar el reparto de los excedentes; es decir, a la distribución de la riqueza que resta una vez que se han detraído los medios económicos necesarios para dar satisfacción a los derechos sociales. Pues, como ya se ha dicho, toda pretensión de que una de esas pautas de justa distribución (a cada cual según su trabajo, su mérito, su esfuerzo...) gobierne también el grado de realización de los derechos sociales para cada cual conduce a absurdos y a flagrantes desigualdades de trato que niegan la esencia misma de esos derechos.

5.3. *Igualitarismo y Estado social*

Veamos ahora la relación entre teorías igualitaristas y Estado social.

5.3.1. *Igualitarismo radical y Estado social*

El Estado social y democrático de Derecho, tal como, entre muchas, aparece perfilado en la Constitución Española, no es un Estado que apueste por el igualitarismo radical; bien al contrario. Por mucho que la igualdad se mencione en el art. 1.1 como valor superior del ordenamiento jurídico y que en el art. 9.2 se diga que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la

³³ En ese sentido, y refiriéndose al criterio del mérito como guía de la justicia distributiva, dice Macleod que los defensores de tal criterio pueden presentarlo como único metro de la distribución o como un elemento a tomar en cuenta en la distribución, y tal autor considera rechazable el primero de tales enfoques. Vid. Alistair M. Macleod, «Distributive Justice and Desert», *Journal of Social Philosophy*, 36, 2005, p. 422.

libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» y «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud», la Constitución está presuponiendo una sociedad en la que hay desigualdades económicas, en la que esas desigualdades no son ilegítimas y en la que, además, cualquier política para suprimirlas radicalmente e imponer la equiparación económica supondría la vulneración de derechos constitucionalmente protegidos. Ningún ciudadano español tiene reconocido un derecho a que otros conciudadanos no tengan más dinero o más bienes que él, pero sí está constitucionalmente amparado el derecho de cada uno a no ser privado de lo que legítimamente es suyo y por causa solamente de igualación de la riqueza entre todos.

Es claro al respecto y apenas necesita comentario el art. 33 de la Constitución, con su reconocimiento del derecho a la propiedad privada. Se matiza que tiene ese derecho una función social, ciertamente, pero que para que alguien pueda ser privado de lo que es de su propiedad se requiere «causa justificada de utilidad pública o interés social» y, además, deberá ser indemnizado. Por consiguiente, mecanismos como el de la expropiación para nada se justificarían como vías para disminuir la desigualdad económica y, si van acompañados de justiprecio, tampoco sirven a ese objetivo cuando se usan por motivos genuinos de utilidad pública o interés social. Reparemos también en que la Constitución está presuponiendo y tácitamente admitiendo la desigualdad en riqueza cuando dice cosas tales como que el sistema tributario ha de tener carácter progresivo (art. 31.1 CE).

Lo anterior suena obvio, pero quisiera mantener una tesis adicional, que puede parecer más discutible: un Estado no es más social por el mero hecho de que sean menores las diferencias económicas entre sus ciudadanos.

Por supuesto, podemos definir estipulativamente Estado social como aquel Estado en el que no hay diferencias económicas entre los ciudadanos o en el que tales diferencias no sobrepasen un determinado umbral. Pero ni es esa la noción habitual de Estado social ni se sigue que constituciones como la española presupongan una idea de ese estilo cuando califican como social el Estado constitucional que organizan. Más común y razonable parece caracterizar el Estado social como aquel en el que se da satisfacción a los derechos sociales, sean los que aquí estamos considerando y que implican acciones positivas y costes directos para el Estado, sean esos otros como los derechos fundamentales de los trabajadores (sindicación, huelga, negociación colectiva, descanso, etc.).

Bastaría remitirse a ejemplos del estilo de los que hace un rato se mencionaron, pero usemos alguno más. Imaginemos que el grado de satisfacción de los dere-

chos sociales se puede calificar en una escala entre 0 y 1 y que el umbral mínimo razonable (en un Estado E en un tiempo T) se coloca en 0,4. El nivel de riqueza de los ciudadanos se representa en una escala de 0 a 10. Ahora comparemos los estados E^x y E^y .

— En E^x los derechos sociales están satisfechos en 0,4 (nadie ve realizados sus derechos en medida menor) y los márgenes de riqueza se mueven entre 3 y 9.

— En E^y los derechos sociales están satisfechos en 0,3 (nadie ve realizados sus derechos en medida menor) y los márgenes de riqueza se mueven entre 3 y 5.

Creo que se puede acordar que tiene más de Estado social E^x , aunque en él la desigualdad sea mucho mayor.

Con todo, el debate podría ser más interesante con una comparación como esta otra:

En los estados E^w y E^z el grado de satisfacción de los derechos sociales es el mismo, pongamos que 0,4 (o cualquier otra magnitud por encima del mínimo asumible), pero en E^w la riqueza de sus ciudadanos oscila entre 5 de unos y 7 de otros, mientras que en E^z varía entre 5 y 9. ¿Podríamos pensar que es más social el Estado E^w que el Estado E^z porque es menor la desigualdad de riqueza en E^w , siendo idéntica la satisfacción de los derechos sociales en ambos?

Me parece que no hay ninguna razón para afirmar tal cosa. Habría que preguntarse cuáles son las razones para preferir que los que tienen más tengan menos (7 en vez de 9), permaneciendo igual lo que tienen los que tienen menos (tienen 5 en todo caso). Podría aducirse que de nuevo el ejemplo es sesgado y que lo que hay que hacer es sumar a lo que tienen los más pobres lo que se quita a los más ricos. Es decir, la comparación habría de ser entre E^x (3 y 9) y un Estado $E^{w'}$ en el que los 4 de menos que tienen los más ricos se suman a los 3 que tenían los más pobres o, al menos, procurando que se quite a los más ricos en la medida justa para que los otros tengan lo mismo.

Lo anterior tiene un problema «constitucional», por así decir, un problema de derechos: ¿con qué argumento se podría justificar en nuestros estados constitucionales el que se quitara a los más ricos de lo que es suyo en medida mayor de la necesaria para la satisfacción de los derechos sociales de los otros, y puesto que no hemos visto en ese ejemplo que los derechos sociales mejoren, y por el único motivo de reducir la desigualdad económica?

5.3.2. *Igualitarismo condicionado y Estado social*

El igualitarismo condicionado, del que el claro modelo se expone en la *Teoría de la justicia* de John Rawls, tampoco parece que pueda tener fácil encaje en un Estado social como el que se dibuja en la Constitución española y tantas otras de esta época. Sin duda estas constituciones amparan los derechos de libertad y, como luego veremos, dan importancia grande a la igualdad de oportunidades, pero el problema surge respecto del principio de diferencia. Recordemos que con dicho principio de justicia se refiere Rawls a que las desigualdades económicas sólo serán admisibles allí donde, además de darse la igualdad de oportunidades para el acceso a las distintas posiciones, se pueda acreditar que los que menos tienen, en la sociedad desigual de que se trate, tienen ahí más de lo que tendrían si en esa misma sociedad rigiera una distribución plenamente igualitaria.

Qué duda cabe de que en sede teórica las tesis de Rawls plantean un reto interesantísimo, gracias antes que nada a su sofisticada y original fundamentación. De ninguna manera pretendo poner en solfa la enorme importancia de Rawls para la filosofía política contemporánea, pero sí sostengo que su principio de diferencia tiene complicado acomodo en los esquemas constitucionales de hoy, tanto por razones operativas como por razones normativas.

Por razones operativas, porque es quimérico el cálculo de cómo estarían los más pobres o menos aventajados de nuestros estados si estos mismos estados y en este mismo tiempo se organizaran con un reparto totalmente igual de la riqueza, de los beneficios y las cargas. Si acaso, podría pensarse que hay un impulso teórico relevante para activar los mecanismos del Estado social y para hacer efectivos los derechos sociales, pues si se constatará que es muy alta la pobreza y el desvalimiento de alguna parte de la población, sería mucho más sencillo suponer que esos ciudadanos vivirían mejor con un reparto igualitario de la riqueza. Aunque es engañoso jugar nada más que a imaginar distintos tipos de reparto de una cantidad global constante de riqueza, pues siempre restará la molesta duda de si el monto total de riqueza generada puede ser el mismo en una sociedad desigual y fuertemente competitiva bajo esquemas de libertad de mercado y en una sociedad igualitaria en la que la mano bien visible del Estado reemplace a la famosa mano invisible del mercado. Las experiencias habidas hasta hoy no son muy estimulantes ni invitan al optimismo.

Además, las comparaciones siempre pueden hacerse en dos direcciones. Pongamos que el Estado E es no igualitario y tiene un 5% de la población en situación de pobreza extrema, mientras que un 1% de sus pobladores son sumamente ricos.

Igual que puede razonablemente pensarse que ese 5% viviría mejor bajo una pauta de distribución perfectamente igualitaria, también se puede razonar verosímilmente que viviría igual de bien o mejor todavía bajo una diferente pauta de distribución no igualitaria e, incluso, aunque ese 1% de los muy ricos fuera más rico aún.

Debido a razones normativas, el principio de diferencia rawlsiano es de muy complicado encuadre en nuestros esquemas constitucionales, por los mismos motivos que hace un momento expuse al referirme al igualitarismo radical. No perdamos de vista que lo que podríamos llamar la distribución por defecto en Rawls es la distribución igualitaria, por lo que toda alternativa a la igual distribución tiene que justificarse mostrando que tiene superiores rendimientos para los más desfavorecidos en ella. Ese igualitarismo condicionado rawlsiano halla su más fuerte fundamento en la idea de que los dones, capacidades y méritos de cada individuo son resultado del puro azar, de las loterías de la vida, empezando por la lotería natural. Que alguien haga legalmente fortuna aprovechando su gran inteligencia, su laboriosidad y el empuje de su carácter no convierte tal fortuna en merecida, ya que tener esos dones que la han hecho posible no es mérito del sujeto, sino fruto del azar, del azar por el que sujeto nació así y no con menores aptitudes o con serias incapacidades. En consecuencia, al socializar lo que es de los que tienen más, en el fondo nada merecidamente suyo se les quita, ya que el mérito no es atributo individual, sino patrimonio común. Cuando el azar natural repartió las cartas, a unos le tocaron mejores y a otros peores, pero la baraja es de todos y los resultados de la partida entre todos se pueden distribuir a partes iguales, sin que ello suponga merma de los derechos morales de nadie. Ese enfoque no casa con el respeto que la Constitución exige para la propiedad privada (art. 33 CE) y para «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38 CE), entre otras cosas.

5.3.3. *Igualitarismo de la suerte y Estado social*

El *luck egalitarianism* o igualitarismo de la suerte es una doctrina tan apasionante en la teoría como imprecisa o inviable a la hora de regir la práctica. Sabemos que el núcleo del enfoque es que todos debemos estar protegidos frente a los perjuicios o desgracias derivados del azar, de sucesos o eventos que no están bajo nuestro control, pero que cada cual debe cargar con su suerte cuando los males derivan de decisiones responsables suyas. El régimen por defecto me parece que vuelve a ser el de igualdad, al menos como igualdad de oportunidades. Puesto que nadie tiene culpa o es responsable de los resultados de la lotería natural (haber nacido con unos dones o atributos o con otros) y de la lotería social (haber venido

al mundo en una u otra cuna, en tal o cual ambiente favorable o desfavorable, propicio o problemático), procede igualarnos a todos, y eso solo podrá hacerse compensando a los más desfavorecidos por la suerte y a costa de restar de los más afortunados. Detengámonos un instante en este punto.

En una escala de 0 a 10 y como resultado puramente de la *brute luck*, A tiene 1 y B tiene 9. Lo apropiado será compensar a A, igualándolo, puesto que no merece estar por debajo, debido a que su mala suerte no fue merecida, no fue responsabilidad suya. Pero esa compensación que supone transferir a A hasta un máximo de 4, para que queden todos igualados en 5, o, al menos, lo necesario para igualar las oportunidades de todos, se tiene que hacer con cargo a B. Como lo que se reparte no es maná ni se trata de que el Estado haga girar la manivela para fabricare billetes, aquello que se suma a unos se les resta a otros.³⁴ No estoy aquí insinuando, al estilo «libertarista», que eso sea por sí necesariamente ilegítimo, sino que nada más que puede ser así. Y lo que podría retadoramente pensarse es que igual que los A no son culpables de su mala suerte, los B ni son «culpables» de la suya ni, sobre todo, son culpables o responsables de la mala suerte de los A, como para que tengan que pagar por ella.³⁵ De todos modos, no se debe olvidar que el origen de las teorías del *luck egalitarianism* está en una corrección o matización de la teoría de Rawls, con la que comparte lo referido a la lotería natural y la lotería social.

Lo que diferencia ambas doctrinas es lo que se refiere a la *option luck* o suerte debida a factores bajo control del sujeto y de cuyos riesgos puede el sujeto considerarse responsable. Supóngase que A y B han sido igualados en el arranque y que (en una escala de 0 a 10) ambos poseen 5. A es prudente e invierte con tino y cuidado sus bienes en actividades productivas y bastante seguras, y le va bien, de modo que pasa de 5 a 8. B tiene una fuerte propensión al juego, arriesga lo que posee en los juegos de casino y pierde mucho, con lo que se queda en 2. Como esa diferencia ya no se debió a *brute luck* o suerte incontrolable, sino a *option luck*, como es el resultado de decisiones del sujeto que estaban bajo su control, la desigualdad que entre A y B ha surgido ya no tiene por qué ser compensada.

El *luck egalitarianism* es posiblemente la teoría de la justicia social sobre la que más se ha escrito en las últimas dos o tres décadas. Los debates han sido variados

³⁴ Y se produce así una transferencia del impacto de la suerte. Muy aguda y sugerentemente está expuesta esta cuestión en Olof Page Depolo, «Igualdad, suerte y responsabilidad», cit., pp. 168-169.

³⁵ Para el igualitarismo de la suerte «no es injusto que algunos tengan más que otros de resultados de su buena suerte» (Kasper Lippert-Rasmussen, *Luck Egalitarianism*, cit., p. 4).

y las críticas y objeciones, abundantes. No haré aquí ni siquiera un resumen de las críticas al uso, sino que mencionaré nada más que otras tres cuestiones.

En primer lugar, resulta muy difícil marcar la frontera entre resultados puramente azarosos y resultados sobre los que se tiene alguna responsabilidad. En principio, es claro que yo no tengo ningún control sobre los terremotos y que si un terremoto derriba mi casa yo no soy responsable de tal consecuencia, por lo que, según el igualitarismo de la suerte, debería ser compensado. Ahora bien, quizá el terremoto ocurrió en una zona de alta actividad sísmica en la que ha habido antes unos cuantos seísmos fuertemente destructivos, pese a lo cual yo elegí vivir y hacer mi casa allí, pudiendo tranquilamente y sin mayor perjuicio haberme ido a zona mucho más segura y sin antecedentes de movimientos telúricos preocupantes. ¿Se me debe compensar igualmente o hay que descender al detalle y ver cuánta proporción de responsabilidad o control de cada uno existe en cada caso?

Volvamos ahora a A y B, los del ejemplo de hace un par de párrafos. B decidió jugarse su dinero a la ruleta. Podía haber ganado un montón, pero perdió mucho. B decidió quizá invertir en acciones de una empresa tecnológica o de un banco. También él asumió riesgos, pues a veces tales empresas se hunden o el valor de sus acciones cae en picado. Si B hubiera tenido gran suerte en el juego y hubiera ganado hasta 8 y A se hubiera arruinado con su actividad empresarial o inversora y hubiera bajado a 2, ¿debería A ser compensado? Si decimos que no, necesitaríamos elaborar una buena teoría de los tipos de riesgos y de los niveles de riesgo que se vinculan a la *brute luck* (y, por tanto, a la justificación para compensar las pérdidas o perjuicios) y a la *option luck* (no siendo ahí compensables las pérdidas o perjuicios). Si contestamos que sí habría que compensar a A en el supuesto descrito, tendríamos también que trazar el límite entre una inversión razonable y una inversión imprudente, tan imprudente como para que pueda pensarse que meter el dinero en eso es tan incierto como jugárselo a la ruleta. ¿Y si A hubiera echado a suertes en qué empresa de las que cotizan en Bolsa metía su capital? La casuística puede ser infinita y con cada cuestión se delata más y más la imprecisión y la difícil operatividad del *luck egalitarianism*.

No olvidemos un detalle más, este muy destacado en las críticas más habituales a esta doctrina. Al elaborar el ejemplo, he dicho que B tenía una fuerte propensión al juego y arriesgó sus recursos económicos en el casino. Si hay algún tipo de determinación genética, psíquica, ambiental o similar y tal determinación hace que la decisión de B no esté enteramente o preferentemente bajo su control, en verdad B no habría sido víctima de *option luck*, sino de *brute luck*, y en ese caso merecería que el Estado le compensase por sus pérdidas en el juego. Y si, de una manera mucho

más pedestre, proclamamos que hace falta ser muy tonto para jugarse la fortuna de ese modo y que B la arriesga porque es así de tonto, estamos expresando lo mismo, pues nadie elige propiamente ser tonto o torpe ni tiene ninguno la responsabilidad por su propia estulticia o torpeza, sino que con eso se viene «de fábrica», si se me permite la expresión. A lo que se agrega que igual que puede ser ajeno al control subjetivo lo que lleva a uno a hacer malas elecciones, igual de azaroso y de pura suerte puede ser el que otro posea habilidades o talento para hacer elecciones buenas.³⁶

Adicionalmente, hay un problema si incorporamos al razonamiento la situación de las generaciones siguientes. Quedamos en que A ha quedado en 8 por ser un inversor muy ponderado y prudente y que B se ha hundido a 2, por jugarse sus recursos en la ruleta. Aceptemos que, por haber sido B víctima de la *option luck*, responsable de su suerte, no hay por qué indemnizarlo con cargo a A. Ahora añadamos que A y B tienen un hijo cada uno. B muere treinta años antes que A. El hijo de B queda en la pobreza y él ninguna culpa tiene de la mala cabeza con que su padre gestionó la vida. Para el hijo de B tener 2 es *brute luck*. Así que al hijo de B habrá que compensarlo y tendrá que ser con cargo a A, de manera que, idealmente, pasen a 5 tanto el hijo de B como A (y el hijo de A). Esto dará lugar a perplejidades como las que surgen de lo siguiente:

— A los efectos, para A viene a resultar como si tuviera que pagar por la mala suerte electiva u *option luck* de B, sin bien no le paga a B, sino al hijo de B. Con una paradoja más, ya que el que A tenga que compensar al hijo de B por los efectos de la suerte electiva de B dependerá de un elemento de *brute luck*, de puro azar: que B muera.

— El hijo de A ha sido víctima de la mera casualidad, de *brute luck*. Desde luego, él no es responsable ni tenía control alguno sobre los hechos que determinaron que en lugar de heredar de su padre 8 le toque heredar 5: que B fuera un jugador y perdiera y que B se muriera antes que el padre de A. Aunque, ciertamente, si B y A se hubieran muerto a la vez, sería el hijo de A el que tendría que compensar al hijo de B y aunque ninguna culpa tenga el hijo de A de la pobreza del hijo de B.

En realidad, lo que estamos mostrando es que todas las desigualdades que permite el *luck egalitarianism* son desigualdades nada más que provisionales o temporales y están llamadas a la re-igualación, al menos en la generación siguiente. Y que, para la generación siguiente, los eventos de esa re-igualación suponen *brute luck*. De lo que se desprendería, también por este lado, que todo

³⁶ Sobre esto, George Sher, «Talents and Choices», *Noûs*, 46, 2012, pp. 402ss.

el mundo está a merced del azar, que de ese azar determinante forma parte lo que los demás hagan con su vida y sus decisiones y que, a la hora de la verdad, por mucho que yo tome las mejores decisiones, no tendré lo que por mi buena cabeza merezco, ya que se me habrá de quitar no solo lo que sirva para compensar a los que han tenido mala suerte del todo (a la víctima del terremoto, por ejemplo), sino también a los que han tenido la mala suerte de que sus progenitores y demás personas de las que su destino depende no hayan sido tan prudentes como yo o hayan sido unos necios.

Veamos la tercera objeción, más directamente relacionada con nuestro tema del Estado social y los derechos sociales. Ciñámonos nada más que al ejemplo de A y B, otra vez sin hijos. Supongamos que el umbral de pobreza está en 3 y que con menos de 3 no le es posible a un ciudadano pagarse una vivienda digna, una educación apropiada o una atención sanitaria que garantice dignamente el derecho a la salud. Sabemos que, por sus malas decisiones y su vicio, B tiene 2, mientras que, por el mérito de su buen decidir (o por su buena suerte), A tiene 8. Como las pérdidas de B, que ha pasado de 5 a 2, son fruto de *option luck* y no de *brute luck*, no deben ser compensadas, según el *luck egalitarianism*. Entonces, puesto que no hay por qué compensar a B y dado que B no puede por sí financiarse vivienda, educación o sanidad, habremos de decir que a B no hay por qué satisfacerle esos derechos sociales. Pues si se le satisfacen, habrá de ser a cargo de A, en cuyo caso A estaría compensando a B por los resultados de su mala suerte electiva. En otras palabras, si los derechos sociales son derechos universales, derechos de cada ciudadano del Estado y que a todo ciudadano del Estado se le han de hacer efectivos (al menos si no puede por sí pagarse las correspondientes prestaciones), el *luck egalitarianism* o es una doctrina incongruente (si admite que A financie los derechos sociales de B) o es una doctrina incompatible con el Estado social.

5.3.4. *Justicia como igualdad de oportunidades y Estado social*

Se ha dicho, con bastante razón que «probablemente, la concepción de la justicia más ampliamente defendida en las sociedades avanzadas es la de la igualdad de oportunidades».³⁷ En la sociedad donde rigiera una distribución igualitaria de los bienes materiales, estaría por definición excluida la oportunidad de que uno pudiera tener más que otro, sin perjuicio de que pudiera quizá cada cual tener

³⁷ John E. Roemer, «Equality of Opportunity: A Progress Report», *Social Choice and Welfare*, 19, 2002, p. 455.

la oportunidad para ser una cosa u otra (músico, escritor, fontanero, monje de clausura, cultivador de la vida contemplativa...). Cuando en teoría de la justicia se habla de igualdad de oportunidades, se presupone que hay en la sociedad puestos desiguales entre los que se produce un reparto diferente de bienes. Es decir, el nivel de riqueza o ingresos de la población se mueve en una cierta escala y hay quienes tienen más que otros, sea cual sea el criterio de reparto que se emplee (asignaciones por la mano invisible del mercado, un criterio de justicia pautaada —a cada uno según su x —, un sistema de respeto a la legítima adquisición de la propiedad, etc.; o una combinación de varios).

Sentado ese presupuesto de que en la sociedad no rige una distribución igualitaria de bienes, lo que el principio de igualdad de oportunidades demanda es que esos distintos lugares en el reparto sean accesibles a todos los ciudadanos bajo idénticas condiciones competitivas,³⁸ lo que implica que:

— Ha de estar eliminada toda discriminación jurídico-formal. No puede haber normas que excluyan de algunos de los puestos a ciudadanos que posean o no posean ciertas características sobre las que ellos no tengan control. Por ejemplo, se podrá excluir de ser notario a quien no tenga la carrera de Derecho, pero no a quien sea mujer u hombre o blanco o negro, etc.

— Ha de estar excluida toda discriminación material de origen social que fácticamente haga imposible para alguna persona o grupo acceder a cualquiera de los puestos, de modo que la posibilidad formal o jurídica de todos no se combine con la imposibilidad material de algunos debido a causas sociales. Por ejemplo, si formalmente a nadie le está vedado ser notario o presidente del consejo de administración de un banco o presidente de la nación, pero para alcanzar esos puestos se requiere una seria formación universitaria y los x (las mujeres, los hombres, los gitanos, los mormones, los homosexuales, los campesinos, los hijos de obreros...) no tienen posibilidad material de conseguir tal educación, porque no se le pueden pagar y porque el Estado no compensa esa carencia económica impositiva, no existirá igualdad de oportunidades.

³⁸ Así explica Arneson lo que la igualdad de oportunidades supone: «when an age cohort reaches the onset of responsible adulthood, they enjoy equal opportunity for welfare when for each of them, the best sequence of choices that it would be reasonable to expect the person to follow would yield the same expected welfare for all, the second-best sequence of choices would also yield the same expected welfare for all, and so on through the array of lifetime choice sequences each faces» (Richard J. Arneson, «Equality of Opportunity for Welfare Defended and Recanted», *Journal of Political Philosophy*, 7, 1999, p. 488).

En realidad, en lo que a tales condiciones materiales se refiere, las oportunidades no dependen generalmente de factores aislados, sino de conjuntos o ramilletes de factores. Rarísimamente habrá alguien que no tenga posibilidad económica de estudiar, pero que sí cuente con una vivienda digna, una buena atención sanitaria y posibilidad de desempeñar un trabajo dignamente y con remuneración apropiada. Es el conjunto de pobreza, falta de vivienda apropiada, condiciones sanitarias insuficientes, falta de garantías laborales y difícil acceso a una buena educación lo que a algunas personas excluye de la competición igualitaria y con *fair play* por los mejores puestos.

Es fácil captar el sentido de esta noción de igualdad de oportunidades que maneje si usamos la imagen de una carrera olímpica. Se corren los mil metros lisos en las olimpiadas. Cada corredor sale de un punto que está exactamente a mil metros de la meta, la calle de la que cada uno arranca está en las mismas condiciones que las otras y ninguno es obligado a correr con un calzado peor o con las manos atadas, por ejemplo. El que gane se llevará la medalla de oro, el segundo la de plata y el tercero la de bronce. Los premios son desiguales, pero, aceptado eso, el reparto se considera justo porque se ha competido bajo esas condiciones de igualdad. Ganará el que tenga las mejores cualidades atléticas y más haya entrenado, pero eso ya no se considera óbice para la asignación desigual de premios, aun cuando nadie es dueño o responsable de haber nacido con mejores o peores aptitudes para el atletismo o con más voluntad para entrenarse.

No hay igualdad de oportunidades si, al dar el juez de pista la señal de salida, de esos corredores en la competición de mil metros lisos, unos salen a una distancia de mil quinientos metros de la meta y otros parten a cien metros de ella. Para que las oportunidades de ganar se equiparen, en lo que a las condiciones de la competición (y no a las condiciones subjetivas de los competidores, como su tipo de musculación o su capacidad de entrenamiento) se refiere, aquel que está a cien metros de la meta debe ser atrasado hasta el punto debido, y al que se halla a mil quinientos metros hay que avanzararlo medio kilómetro. Apenas hará falta que expresemos cómo sería en lo que a la competición social por los distintos puestos se refiere.

Los mecanismos para que un Estado vele por la igualdad de oportunidades son dos, como corresponde a esa doble dimensión que se ha indicado. Por una parte, se ha de eliminar toda discriminación jurídica de personas y grupos. Eso es lo que pretenden las cláusulas de igualdad ante la ley (y en la aplicación de la ley) que figuran en preceptos como el art. 14 de la Constitución española. Por otra parte, el Estado tendrá que ofrecer a los que carezcan de medios económicos suficientes

aquellas condiciones cuya ausencia se traduce en exclusión o en seria desigualdad competitiva: alimento, vivienda, salud, educación... Es decir, satisfacción de los derechos sociales.

Fuera de una hipotética sociedad perfectamente igualitaria en el reparto, en la que por definición las oportunidades de tener más no existen, no es pensable la igualdad de oportunidades sin garantía de satisfacción de los derechos sociales. Y donde falte la igualdad de oportunidades se vicia cualquier criterio de justicia en la distribución que no sea, tal vez, el que propugna el libertarismo más extremo. Porque no tiene apenas sentido que, por ejemplo, tratemos de aplicar un reparto en proporción al mérito allí donde no todos cuentan con la misma posibilidad de hacer ciertos méritos o de hacerlos valer; o no cabría una pauta de distribución según el trabajo cuando algunos están en verdad excluidos de los canales normales y oficiales del trabajo. Y así sucesivamente. Tampoco un igualitarismo de la suerte tendría sentido en una sociedad en la que algunos carecen prácticamente de toda posibilidad de influir con sus decisiones libres sobre su propio destino y siendo este destino suyo una especie de condena impuesta desde fuera y sin remisión posible, al modo de incontrolable azar o *brute luck*. Sin igualdad de oportunidades cualquier sociedad se torna estamental o sociedad poco menos que de castas, digan lo que digan el Código Civil o la Constitución sobre el igual derecho de todos a regirse en libertad y a no ser formalmente excluidos de nada.

Es evidente, pues, la estrecha relación entre igualdad de oportunidades y Estado social, pues en el Estado social se excluye la discriminación jurídica y se consagran derechos sociales que, en la práctica de la competición en el seno de una sociedad con repartos no igualitarios, deben servir para que ninguno esté de antemano excluido o en peor condición para llegar a las mejores posiciones. De eso seguramente está hablando el art. 9.2 CE cuando dice que «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

5.4. *Teorías del bienestar mínimo y Estado social*

En mi opinión, las doctrinas suficientistas, de la mano de la justicia como igualdad de oportunidades, constituyen la visión más acorde con el modelo de Estado social que aparece en constituciones como la española. El suficientismo indica que no hay Estado justo allí donde, existiendo recursos bastantes, no están atendidas las necesidades básicas de todos los ciudadanos. Y los derechos sociales vienen,

precisamente, a dar a la satisfacción de esas necesidades primarias de cada individuo el estatuto de auténticos derechos individuales y reclamables ante el Estado, que es quien ha de realizar las correspondientes prestaciones. El suficientismo no exige del Estado social que sea un Estado igualitario ni supone que es más social el Estado en el que hay mayor igualdad económica entre sus ciudadanos,³⁹ siempre que lo que cada uno tenga haya sido lícita y legítimamente obtenido.

El suficientismo tiene, como antes se dijo, el problema de que no es fácil fijar cuánto sea ese mínimo que es condición de justicia. La teoría de los derechos sociales se topa con un problema similar, el de saber cuál es el grado de satisfacción de los mismos que ha de garantizarse y resultar exigible en un Estado social que en verdad quiera serlo.

Pues bien, la combinación con la idea de igualdad de oportunidades da alguna pista interesante a ese respecto. Ciertamente, las oportunidades nunca podrán ser exactamente las mismas, idénticas, allí donde los repartos sociales no sean igualitarios. El más rico siempre podrá procurarse algo más que mejore su posición competitiva.⁴⁰ Pero la igualación absoluta de oportunidades forzaría a una igualación económica plena en la que, paradójicamente, son las oportunidades de ascenso social las que por definición se excluyen, seguramente con los perjuicios colectivos, para todos, que acarrea la falta de estímulo económico de los ciudadanos. La igualdad de oportunidades exige, eso sí, que se liquiden las exclusiones tanto formales como materiales, entendiendo que es víctima de una exclusión material quien, por no tener mínimamente satisfechas sus necesidades básicas carece de toda posibilidad de competir por las posiciones más ventajosas con probabilidades serias de alcanzarlas.

Dado que no está descartado que las oportunidades de los más ricos sean mejores, como consecuencia de que siempre cuentan con recursos adicionales frente

³⁹ Hasta la mejor doctrina suele mantenerse en la indefinición o en un cierto equívoco a este respecto. Así lo apreciamos por ejemplo en el siguiente fragmento de Abramovich y Courtis: «Ciertamente, un rasgo común de la regulación jurídica de los ámbitos moldeados a partir del modelo de derecho social es la utilización del poder del Estado, con el propósito de equilibrar situaciones de disparidad, —sea a partir del intento de garantizar estándares de vida mínimos, mejores oportunidades a grupos sociales postergados o de compensar las diferencias de poder en las relaciones entre particulares—. De ahí que el valor que generalmente se resalta cuando se habla de derechos sociales es la igualdad, en su vertiente material o fáctica» (Victor Abramovich, Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 56-57).

⁴⁰ Por ejemplo, si dominar idiomas mejora las expectativas de ascenso social, el rico siempre podrá pagarse más viajes a los países donde se hable y se pueda practicar el idioma que está tratando de aprender.

a los menos ricos, podemos pensar en una especie de principio de compensación en lo que tiene que ver con la satisfacción de las necesidades básicas de los más pobres por la vía de los derechos sociales. Ese principio de compensación podría enunciarse así: los servicios que el Estado brinde para satisfacer derechos sociales deben ser de una calidad no inferior al promedio de calidad de los servicios privados que los más favorecidos económicamente puedan contratar. Por ejemplo, si en una escala de 1 a 10 la calidad media de los colegios privados y de la atención médica privada está en 7, ese es el umbral del que no puede bajar la calidad de los colegios públicos o de la atención médica pública.⁴¹ Sólo de esa manera la desigualdad no se traducirá en una discriminación que haga inviable la mínima igualdad de oportunidades compatible con el no igualitarismo.

Un último matiz merece la pena comentar. Que esos derechos sociales sean universales por imperativo constitucional no quiere decir que el Estado haya de proporcionar gratuitamente los correspondientes servicios a todos los ciudadanos, sino meramente a todos los ciudadanos que no puedan pagarlos.⁴² Un Estado no es social si el precio de la educación universitaria impide estudiar una carrera a algunos jóvenes que no disponen de los recursos necesarios, pero no deja de ser social ese Estado si a los más ricos de sus ciudadanos, a los Botín del lugar, pongamos por caso, les hace abonar el coste íntegro de la carrera en una universidad pública, en caso de que en ella quieran estudiar. Se puede añadir que ese Estado será más congruente y eficazmente social, pues no destinará recursos a financiar servicios de lo que los pueden pagar y podrá concentrar esos recursos para conseguir una mayor calidad de los servicios que se prestan a los menos pudientes. Un Estado en el que los costes de los servicios públicos que satisfacen derechos sociales sean idénticos para los más pobres y los más ricos y en el que, además, la parte más

⁴¹ Con este principio se da satisfacción también al llamado problema de la saciabilidad de los derechos sociales. Se ha dicho a veces que los derechos sociales son «insaciables» porque siempre cabe demandar «más bienes y servicios y mejores resultados», con lo que nunca podrían ser plenamente satisfechos y los recursos a ellos destinados tendrían que ser potencialmente ilimitados (Leticia Morales, *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 92). Como dice Leticia Morales, «[p]oner el acento en esta cuestión para distinguir entre naturalezas de derechos es incorrecto porque nada impediría establecer un criterio de satisfacción (o criterio de saciabilidad) de las exigencias positivas que surgen de ciertos derechos sociales. La justificación del límite hasta el cual se deben destinar recursos para satisfacerlas dependerá de los argumentos normativos que sustenten el criterio. Sin embargo, su caracterización como saciables o insaciables no previene a que sea posible concebir conceptualmente que los derechos sociales imponen obligaciones a la satisfacción de cierto nivel de las exigencias sociales que encarnan» (ibid., pp. 92-93).

⁴² Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 4.ª ed., 2004, pp. 46-47.

sustanciosa de la recaudación pública no se haga mediante impuestos directos, sino por vía de impuestos indirectos, es un Estado muy escasamente social.⁴³

5.5. *Sobre exigibilidad y garantía de los derechos sociales*

Es muy vasta la literatura actual sobre la posibilidad, conveniencia o necesidad de tratar los derechos sociales como derechos subjetivos garantizados y exigibles, de modo similar a como lo son los derechos fundamentales de otros tipos. No entraré en el análisis de las doctrinas en pugna ni en el cotejo de las variantes teóricas sobre el asunto, sino que únicamente trataré de explicitar cómo se podría enfocar tal cuestión desde la perspectiva que aquí he defendido, la de que el modelo de Estado social, que tiene en la satisfacción de los derechos sociales su eje, debe entenderse en cuanto exigencia de que todos tengan suficientemente satisfechas determinadas necesidades básicas, como fundamento para que puedan competir en una sociedad no igualitaria bajo condiciones de igualdad de oportunidades.

Es variada la tipología de los derechos fundamentales y, en correspondencia, diferente es también el tipo de comportamiento que, para su efectividad, requieren de los poderes públicos, así como la clase de regulación que el Estado ha de brindar para su garantía. En primer lugar, hay derechos fundamentales que para ser efectivos requieren ante todo abstenciones del Estado, que el Estado no emita regulaciones represivas de ciertas conductas y que el Estado respete el ejercicio de esas conductas por los ciudadanos. Sería el caso de la libertad de expresión o la libertad de información. La libertad de información compromete al Estado a no regular positivamente la censura de las informaciones y a no permitir que cualesquiera grupos o sujetos por su cuenta ejerzan censura o limiten la libertad de informar.

En segundo lugar, hay derechos que demandan regulaciones directamente protectoras como condición de su eficacia. Aquí no es que el Estado deba dejar hacer e impedir que no se deje hacer, sino que en el hacer del Estado está una parte esencial de la posibilidad del derecho mismo. Es decir, debe el Estado producir normas que delimiten lo mejor posible el alcance de esos derechos y que permitan sancionar sus vulneraciones. Tal sucede, por ejemplo, con los derechos a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones, al honor, etc.

⁴³ Una defensa de la progresividad de los impuestos en el marco de una concepción suficien-
tista de la justicia distributiva puede verse en Gottfried Schweiger, «Taxation and the Duty to
Alleviate Poverty», en Helmut P. Gaisbauer, Gottfried Schweiger, Clemens Sedmak (eds.), *Phi-
losophical Explorations of Justice and Taxation. National and Global Issues*, Cham, etc., Springer,
2015, pp. 41ss.

El contraste entre esas dos primeras clases de derechos parece claro. Así como los del primer tipo, los que exigen abstenciones represivas del Estado se satisfacen a base de que el Estado permita determinadas acciones, como expresarse con libertad o informar libremente, los del tipo segundo se tornan eficaces cuando hay una regulación legal que sanciona negativamente determinadas conductas de los sujetos, como puedan ser la intervención de las comunicaciones, la calumnia o injuria, la entrada no autorizada en domicilio ajeno, etc.

Una tercera clase de derechos fundamentales viene constituida por los que solo pueden ser eficaces si el Estado produce determinadas normas constitutivas de instituciones y de ciertas prácticas. Es el caso del ramillete de derechos procesales que giran en torno al debido proceso judicial. Lo mismo vemos si pensamos en el modo como la efectiva protección de muchos derechos pide que se constituyan y se regulen instituciones como la policía. Por supuesto, el funcionamiento de tales instituciones públicas tiene unos costes económicos que se deben sufragar en todo o en su mayor parte con cargo al erario público.

Los derechos fundamentales de esa tercera variante son puramente instrumentales de los otros, pues sin instituciones como las judiciales y sin una adecuada regulación de los procesos judiciales, sería inviable la protección de derechos sustantivos como los de libertad de expresión o de información o el derecho al honor o al secreto de las comunicaciones. Igualmente, sin la constitución y adecuada regulación de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado no cabría la eficaz protección de derechos fundamentalísimos, los que amparan la vida, la propiedad y las libertades básicas.

Por último, ciertos derechos son esencialmente prestacionales y su prestación corre de cuenta del Estado, al menos para quienes no puedan sufragar su coste individual. Tal sucede con los derechos sociales prototípicos, como el derecho a la educación.⁴⁴

⁴⁴ Bien clara es la diferencia que traza Ferrajoli, para quien los derechos de libertad «consisten en *expectativas negativas* a las que corresponden límites negativos», mientras que los derechos sociales «a la inversa, consisten en *expectativas positivas* a las que corresponden vínculos positivos por parte de los poderes públicos». Esto da lugar a dos posibles vicios: que existan normas infraconstitucionales contrarias a las prohibiciones constitucionales referidas a los derechos de libertad y que falten normas que permitan que se colmen esas expectativas positivas en que consisten los derechos sociales, que haya lagunas que impidan que se lleven a cabo las correspondientes prestaciones que satisfagan tales expectativas positivas (Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 24). Añade Ferrajoli en la misma obra lo que sigue: «Es indudable que la ciencia del derecho no ha elaborado aún —frente a las violaciones que derivan de la omisión de prestaciones— formas de garantía comparables en eficacia y sencillez a las previstas para los demás

Bien mirado, en cierto sentido la diferencia entre las cuatro variedades de derechos que se acaban de señalar es una diferencia de grado. En todos los casos hay costes económicos para el Estado y en todos los casos se requiere una actividad reguladora del Estado. Los derechos que se hacen posibles si ciertas conductas (como la libre expresión o la libre información) no son reprimidas exigen del Estado una actividad de regulación y represión de la represión, valga la paradoja. Los derechos que solo pueden ser efectivos si hay regulaciones directas y específicamente protectoras, como pasa con el derecho a la intimidad o el derecho al honor, presuponen el coste de las regulaciones y el coste de la aplicación de esas regulaciones. Los derechos de la tercera clase son imprescindibles para el amparo de los anteriores y suponen los costes necesarios para mantener instituciones y aparatos como los judiciales, policiales, etc. Que los derechos sociales, a su vez, implican costes elevados es una obviedad irrefutable.⁴⁵ Pero si la conclusión es que todos los derechos suponen algún tipo de actividad protectora y, directa o indirectamente, alguna labor prestacional del Estado, las diferencias de los derechos sociales no son tan radicales.

Para que sean efectivo mi derecho a la libertad de expresión, por ejemplo, el Estado ha de organizar instituciones competentes para declarar la ilicitud jurídica de la norma o práctica institucional que me censure o reprima mi libertad expresiva que no dañe claramente derechos de otros; para hacer efectivos derechos míos como mi derecho al honor o a la inviolabilidad de mi domicilio tiene el Estado que montar todo un aparato judicial y represivo de las conductas vulneradoras de esos derechos. Resulta, pues, bastante evidente y generalmente admitido en nuestro tiempo que una justificación esencial de la existencia de instituciones del

derechos fundamentales, tanto de libertad como de autonomía. A diferencia de estos últimos derechos, que asumen la forma de expectativas negativas frente a las que corresponde el deber de los poderes públicos de no hacer (o prohibiciones), los derechos sociales imponen deberes de hacer (u obligaciones). Su violación no se manifiesta por tanto, como en el caso de los de libertad, en la falta de validez de actos —legislativos, administrativos, o judiciales— que pueden ser anulados por vía jurisdiccional, sino en lagunas de disposiciones y/o carencias en las prestaciones que reclamarían medidas coercitivas no siempre accionables». Pero puntualiza al mismo tiempo que «Ello no quiere decir que nunca se hayan elaborado técnicas de garantía para estos derechos, y menos aun que sea irrelevante, no vinculante o puramente <<programático>> su reconocimiento constitucional como derechos» (ibid., p. 109).

⁴⁵ Pero oigamos a Mark Tushnet: «The difference between the costs associated with enforcing first-generation rights and second-generation rights is not that the former are small and the latter large, but that the former are generally invisible because they are diffused across the society as a whole without figuring openly in government budgets, while the latter are immediately visible in budget statements» (Mark Tushnet, «Reflections on Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Twenty-First Century», *Nujs Law Review*, 4, 2011, pp. 179-180).

Estado como la judicial se halla en su servicio a la protección de los derechos de los ciudadanos, empezando por los derechos fundamentales.

Podemos, pues, preguntarnos por qué en la enumeración de tipos de derechos fundamentales que en los párrafos anteriores hice, del modo usual se han puesto en tercer lugar, y no en cuarto, al final, los derechos procesales, el derecho a acceder a un sistema de Justicia y de acuerdo con las reglas del debido proceso. Al organizar así la clasificación, parece que se da por sentado que los derechos procesales sirven para dotar de efectividad a los derechos de los dos tipos anteriores, pero no así a los derechos sociales, por ser diferente la naturaleza sustantiva y, derivadamente, la naturaleza jurídica de estos.

En otros términos, ¿por qué se consideran básicamente distintos el derecho de los ciudadanos al acceso a la Justicia y al debido proceso y el acceso a la educación? Costes económicos tiene tanto el sistema judicial público como el sistema educativo público.⁴⁶ Y al igual que la educación podría, en teoría, dejarse exclusivamente en manos privadas y al albur del mercado, otro tanto cabría hacer con la resolución «judicial» de conflictos. ¿Por qué, pues, es menos «social» el derecho de los ciudadanos a acceder a la Justicia que el derecho de los ciudadanos a acceder a la educación? ¿Por qué, en fin, no ha de entenderse que el Estado está idénticamente comprometido con la garantía de los derechos sociales y por qué no puede pensarse que estos pueden y deben disfrutar de los mismos mecanismos de garantía, empezando por su garantía judicial?

⁴⁶ Algo así señala Mark Tushnet cuando, al propugnar la protección judicial de los derechos económicos y sociales y rebatir la que llama objeción de la separación de poderes (que vendría a decir que los derechos sociales son puramente ideológicos y se mueven en un campo de intereses contrapuestos, por lo que suponen un grado de discrecionalidad que solo puede colmar la decisión política y nunca la decisión judicial), escribe lo siguiente: «The objections assumed that first-generation rights were categorically different from second-generation ones, for otherwise separation of powers would have blocked the enforcement of first-generation rights, a result no one thought correct. Yet, no such categorical distinction exists. The right to vote is an obvious first-generation right, but the government must provide the facilities for voting, and one can without much difficulty generate substantial arguments that protecting the right to vote requires that the government devote significant resources toward making it possible for people who have the franchise to exercise their right to vote – by making polling places accessible, for example. Rights to fair process in criminal proceedings are first-generation, and they too require government action, most notably in the provision of counsel for defendants who cannot afford to pay for representation on their own. There are of course differences between the rights the government must provide in criminal proceedings and second-generation rights, but the distinctions are not the sharp ones the separation of powers objection requires» (Mark Tushnet, «Reflections on Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Twenty-First Century», cit., 4, 2011, pp. 178-179).

Hoy en día es dominante ya la doctrina constitucional que propugna una misma o similar protección para los derechos sociales y para los demás tipos de derechos fundamentales, con aplicación de los mismos mecanismos protectores y de garantía, empezando por la garantía judicial de los mismos. Pero posiblemente una buena parte de esas bienintencionadas doctrinas se está deslizando por derroteros arriesgados y hasta incongruentes. Diré ahora mismo por qué.

El instrumento por antonomasia de protección de los derechos fundamentales es la ley general y abstracta,⁴⁷ si en verdad queremos pensar que los derechos han de serlo de todos y estar para todos amparados y desarrollados en igualdad, y no que todos están llamados a ser titulares de los derechos fundamentales, pero que cada uno los tendrá solamente en la medida en que lo quiera el azar o la buena suerte. No hay verdadera protección general e igualitaria del derecho al honor de cada ciudadano sin una correcta tipificación penal de delitos como el de injuria y calumnia y sin apropiados mecanismos para hacer efectiva la indemnización de la víctima de la vulneración de ese derecho, en clave de responsabilidad civil por daño extracontractual. Si usted y yo, ciudadanos españoles, tenemos adecuadamente amparado ese derecho al honor, será gracias a la regulación en el Código Penal de delitos como los de injuria y calumnia y por obra de la Ley Orgánica 1/1982 de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y ello suponiendo que tales regulaciones penales y civiles sean apropiadas y eficaces.

Los tribunales constitucionales u órganos judiciales con competencia para el control de constitucionalidad pueden y deben entrar en juego y declarar la inconstitucionalidad de las regulaciones de los derechos fundamentales o bien cuando la regulación legal de los mismos sea inadecuada por excesivamente restrictiva de esos derechos o por negar su esencia misma o las claves de su básica efectividad, o bien cuando dicha regulación no exista y nos hallemos ante inconstitucionalidad

⁴⁷ En palabras de Luigi Ferrajoli, «los derechos fundamentales, al consistir en normas téticas, requieren siempre, como observancia primera y prejudicial, una *legislación de desarrollo*, primaria y secundaria, que introduzca las correspondientes garantías, respectivamente primarias y secundarias (...), en ausencia de las cuales están destinados a lo que se ha llamado <<inefectividad estructural>> (...). Esta necesidad es evidente para los derechos sociales, cuya garantía comporta la institución de aparatos —escuelas, hospitales, antes de previsión y de asistencia— encargados de su satisfacción. Pero vale también para los derechos individuales, tanto civiles como de libertad, que exigen la introducción de las correspondientes prohibiciones de lesión por obra de específicas normas téticas y de las sanciones conectadas por obra de las apropiadas normas hipotéticas, además de la institución de los aparatos policiales y judiciales aptos para prevenir o sancionar sus posibles violaciones» (Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2013, traducción de P. Andrés Ibáñez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruíz Miguel, p. 77).

por omisión.⁴⁸ Será entonces cuando en puridad pueda y deba operar la eficacia directa de los derechos fundamentales y hayan los jueces de suplir en lo posible al legislador reticente. El problema está en que nunca la jurisprudencia puede ser capaz de brindar una protección general e igualitaria de los derechos, una protección para todos sus titulares, ya que los jueces sentencian caso a caso y, como quien dice, tapan de uno en uno los agujeros de un colador. Solo el legislador puede hacer que el colador se cambie por un recipiente no agujereado.

Creo que esto mismo que se acaba de decir vale para los derechos sociales, como el derecho a la educación o el derecho a la sanidad. Solo mediante ley general puede regularse su satisfacción general, y a los tribunales constitucionales o la judicatura competente les corresponde tanto velar porque la ley en cuestión no sea inconstitucional como instar al legislador a acabar con su omisión cuando esa ley no existe. Igualmente, tocará a los jueces resolver caso por caso en favor de los derechos sociales y en ausencia de ley constitucional que los regule, pero esto es nada más que el mal menor, un puro parche incapaz de solucionar debidamente la vulneración que del derecho social en cuestión implica la inexistencia de una ley reguladora que extienda ese derecho con alcance general y asegure eficazmente su satisfacción. Mas en nuestro tiempo y en algunos países se están sumando la crisis de la ley como instrumento regulador y el descrédito del legislador parlamentario mismo, por un lado, y, por otro, la fe desmesurada en las capacidades justicieras y casi taumatúrgicas de cortes constitucionales y jueces como instituciones directamente llamadas a proteger todos los derechos fundamentales y hasta a protegerlos con prescindencia del legislativo y hasta de espaldas a la ley, caso por caso y mediante un sistema de decisión más basado en la equidad o justicia del caso concreto que en la norma general y abstracta. Los resultados son bien evidentes para quien quiera verlos: estados con tribunales constitucionales y judicaturas extraordinariamente activistas, ponderadores y supuestamente generosos con los derechos fundamentales, incluidos los sociales, pero en los que ni un ápice se avanza respecto de la injustísima distribución de la riqueza, de la vulneración generalizada de cualesquiera derechos (y, desde luego, de los derechos sociales), de la radical inseguridad jurídica, de la rampante corrupción y, para colmo y paradójicamente, del servilismo de los jueces ante los poderes políticos y económicos dominantes. Eso sí, esos mismos jueces se legitiman ante cierta opinión pública y ante determinada opinión académica a base de ejercer lo que podríamos llamar

⁴⁸ Sobre la variada problemática de la inconstitucionalidad por omisión, véase Ignacio Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

la jurisprudencia simbólica, de dictar en algunas ocasiones sentencias sumamente llamativas por su generosidad al amparar algún derecho a un ciudadano particular demandante, pero solo a ese ciudadano o a cada uno de los pocos que logren acceder a la justicia y dar con un juez que así quiera legitimarse o que de buena fe ejerza su misión protectora de los derechos.

Me parece que no es descaminado volver a comparar los derechos habitualmente llamados sociales, como el derecho a la educación, con los derechos fundamentales de carácter procesal, con lo que genéricamente se llama derecho al debido proceso judicial. Todos damos por sentado que para que el ciudadano pueda realizar su derecho al debido proceso judicial, su derecho a acceder al sistema de Justicia y recibir de los jueces y tribunales una sentencia fundada en derecho, es imprescindible que el Estado haya organizado un sistema judicial y haya regulado los procesos judiciales en todos sus detalles. A nadie se le ocurriría, creo, indicar que la ley procesal es prescindible, y más si la afición a legislar es un resabio del viejo y ciego positivismo decimonónico, y que lo que importa para hacer efectivo el derecho al debido proceso judicial es que haya quien ponga fin a cada conflicto decidiendo equitativamente y sin ataduras normativas sobre cosas tales como legitimaciones activas o pasivas a la hora de demandar, plazos, competencias jurisdiccionales, pruebas lícitas e ilícitas, formas de la sentencia, sistemas de recursos, etc., etc. Si, por tanto, imprescindible nos parece que exista una legislación procesal general, respetuosa con el haz de derechos fundamentales ahí en juego y sometida al control de su constitucionalidad en razón de su servicio a la previsión constitucional de esos derechos, ¿por qué no nos ha de resultar igual de evidente que la protección de derechos como la educación o la sanidad tiene que venir antes que nada de la mano de una adecuada legislación y no ser obra imposible de la jurisprudencia, por muy buenas que sean, cuando lo son, las intenciones de los jueces?

Flaco favor se hace a los derechos sociales, al modelo de Estado social y a la justicia social si, como en algunos países ocurre, la insistencia en colocar a la judicatura en el centro de la garantía de los derechos sociales sirve para librar al legislador del reproche por no cumplir su crucial papel respecto de esos derechos y si, de propina, tal omisión del legislador vale como excusa para justificar un activismo judicial desmesurado y a la postre impotente en términos de mejora de la situación social del conjunto de los más débiles dentro de esos estados.⁴⁹

⁴⁹ Véase, sobre el caso brasileño, el contundente artículo de Octavio Luiz Motta Ferraz, «Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil», *Texas Law Review*, 89, 2011, pp. 1643ss. Partiendo del análisis de la jurisprudencia sobre el derecho a la salud en Brasil y con manejo de abundantes datos empíricos, este autor adopta una postura muy crítica y que

resume él mismo así: «My main contentions are these: (1) when pushed to enforce some social rights assertively, courts have a tendency (and an incentive) to misinterpret these rights in an absolutist and individualistic manner; (2) such interpretation unduly favors litigants (often a privileged minority) over the rest of the population; (3) given that state resources are necessarily limited, litigation is likely to produce reallocation from comprehensive programs aimed at the general population to these privileged litigating minorities; and (4) contrary to the contention of some scholars, enhancing access to courts would not solve the problem» (ibid., p. 1646). Puntualiza Ferraz que no está en contra de la constitucionalización de los derechos sociales ni pretende sostener que sea inútil o contraproducente toda protección judicial de los mismos, sino que su tesis es más bien que «in some places, such as Brazil (and perhaps other countries with similar contexts, legal cultures, and structures), the judicialization that followed constitutionalization has likely been detrimental (and certainly not helpful) to furthering the interests that social and economic rights are supposed to protect» (ibid., p. 1647). Cabe discutir cuál haya de ser el alcance de la intervención judicial para la garantía de los derechos sociales constitucionalmente reconocidos y hasta dónde llega la legitimidad de la judicatura para interferir en este punto con las decisiones del legislador («When social rights are constitutionalized, it seems possible for courts to go further. The difficult question, of course, is *how much* further?», p. 1654), pero, según este autor, tal legitimidad sí desaparece cuando el modo en que los jueces intervienen no mejora o acaba por empeorar la situación del conjunto social en lo que a esos derechos se refiere (ibid., p. 1650). Para los interesantes ejemplos que de esto último estudia en el caso de la protección del derecho a la salud por vía judicial en Brasil, véanse páginas 1651ss. Ahí se muestra que desde que el Supremo Tribunal Federal de Brasil en nombre del derecho a la salud ampara toda pretensión de que el Estado financie un tratamiento en el extranjero y aunque sus costes supongan un considerable tanto por ciento del presupuesto de sanidad, tal política judicial ha privado de recursos sanitarios a la mayoría de las capas sociales más humildes y necesitadas del gasto público, mientras que quienes litigan para demandar del Estado la financiación de los costosísimos tratamientos y los consiguen del erario público son siempre las clases sociales más adineradas (vid. ibid., pp. 1661-1662). La conclusión es tremenda y ha de hacernos pensar: «Given that resources are necessarily limited, such «protection» can be dispensed only to some individuals (the litigating minority) at the same time and at the expense of the needs of others (the nonlitigating majority). When litigants are already privileged in terms of living standards—as they tend to be, given that access to courts is costly in most places—social rights litigation serves to reinforce these privileges rather than improve the living standards of the poor or diminish inequalities» (ibid., p. 1663). El escepticismo de Ferraz se torna radical y razonable al tiempo cuando señala lo muy improbable de que llegue por vía del activismo judicial un cambio social importante en Brasil y una verdadera efectividad de los derechos sociales y de garantía de mínimos vitales, resultante de mecanismos reales de distribución de la riqueza, pues «Judges are among those who benefit most from the unequal distribution of wealth in Brazil (they are the highest paid public servants) and have no historical record of complaining, or being minimally uncomfortable, about this situation. Raising taxation on those who, like judges, are among the top 1% of income earners in Brazil, in order to fund the social rights of the poor would likely muster little support from the judiciary. It is not absurd to suggest that right-to-health litigation has been so «successful» in great part due to its insignificant effects on redistribution from the rich to the poor» (ibid., pp. 1665-1666).

En una línea similar a la de Ferraz y también en referencia al derecho a la salud y la jurisprudencia brasileña, véase Virgilio Alfonso da Silva, Fernanda Vargas Terrazas «Claiming the Right to

Además de que materialmente no pueden, tampoco deben los jueces ser quienes dirijan la política social de un Estado. Los derechos sociales tienen que ser satisfechos con carácter general y de manera que ningún ciudadano esté por debajo de un apropiado umbral en lo que concierne a cosas tales como educación, sanidad, vivienda... o acceso a la justicia, entre otras cosas. Pero, *cumplido ese mínimo*, no es al poder judicial a quien corresponde establecer las políticas públicas ni sentar preferencias entre cosas tales como construir más escuelas nuevas o más hospitales. Esas son las decisiones que competen al legislador democrático, por razón de su legitimidad democrática, precisamente. Y por eso las políticas públicas deben hacerse con base en la legislación y a los jueces nada más que pertenece una importante y doble misión de control y garantía: velar por la constitucionalidad de esa legislación, declarando inconstitucional, por la vía que corresponda, la ley que no ponga los medios para asegurar los mínimos para todos debidos, y amparar a los ciudadanos individuales tanto cuando la ley, si la hay, no se respeta, como otorgarles ese derecho en la debida proporción cuando el legislador no ha hecho honor a su responsabilidad y no ha legislado sobre el derecho en cuestión.⁵⁰

Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded», *Law & Social Inquiry*, vol. 36, n.º 4, 2011, pp. 825-853.

Sorprendentes y aleccionadoras resultan igualmente las conclusiones de David Landau, después de estudiar detenidamente la jurisprudencia colombiana, ante todo, y también los casos de Brasil, Argentina, Hungría, Sudáfrica e India. Tal conclusión es que no resulta cierto que allá donde los tribunales adoptan estrategias de fuerte defensa de los derechos sociales acaben beneficiando a las clases más desprotegidas, sino a las clases medias y altas. Dice este autor que los tribunales son mucho más propicios a proteger el derecho a las pensiones de los servidores públicos o ciertos subsidios para las clases medias que a transformar las vidas de los grupos marginados. Véase David Landau, «The Reality of Social Rights Enforcement», *Harvard International Law Journal*, 53, 2012, pp. 401-459. Lo que dice de Colombia, por ejemplo, es muy llamativo: «In the case of Colombia, the problem of populism has arisen at the Constitutional Court level itself. Post-Court career paths contribute significantly to this problem. Magistrates are often appointed at a fairly young age, serve one eight-year term, and then are looking around for more opportunities. In a weak, fragmented party system like Colombia's, political entrepreneurship has been an appealing option—magistrates make a name for themselves with several «big name» decisions and then run for political office» (ibid., pp. 456-457).

En un detallado trabajo reciente, Brinks y Gauri investigan si, en los países con mayores niveles de pobreza de buena parte de la población, el activismo judicial en torno a los derechos sociales favorece o no a los pobres. Concluyen que sí tiene ese efecto en India y Sudáfrica y no en Indonesia o Brasil, pues son esos los cuatro casos que detenidamente analizan. Véase Daniel M. Brinks, Varum Gauri, «The Law's Majestic Equality? The Distributive Impact of Judicializing Social and Economic Rights», *Perspectives on Politics*, Vol 12, n.º 2, 2014, pp. 375ss.

⁵⁰ Luigi Ferrajoli, después de apuntar las severas dificultades técnicas que plantea al control de la inconstitucionalidad por omisión, tal como la prevén, por ejemplo, las constituciones por-

tuguesa y brasileña, señala que, sin embargo, «nada impediría reforzarla, previendo por ejemplo la obligación del parlamento de decidir en breve plazo sobre la recomendación del tribunal e induciéndolo así a asumir una abierta responsabilidad política por el eventual incumplimiento. El campo privilegiado de tales omisiones —añade Ferrajoli— es obviamente el de los derechos sociales, a los que corresponden obligaciones de prestación. Pero en estos casos, a los fines de un control de constitucionalidad, sería mucho más eficaz la transformación de la laguna proveniente de la omisión en una antinomia, mediante la introducción en las cartas constitucionales (...) de rígidos vínculos presupuestarios idóneos para anclar en cuotas mínimas el presupuesto estatal, o mejor todavía el producto interior bruto, los diversos capítulos del gasto social» (Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, cit. p. 95). Más adelante, insiste Ferrajoli en que «Es en realidad claro que la garantía constitucional no puede extenderse, en aplicación de la separación de poderes, hasta usurpar la función legislativa» (ibid., p. 218). Sobre aquellas posibles medidas constitucionales para la efectividad de los derechos sociales y consistentes en la introducción de vínculos presupuestarios en materia de gasto social «mediante la estipulación para cada derecho social constitucionalmente establecido de la cuota mínima del presupuesto del Estado que debe destinarse a su garantía», lo cual «permitiría al tribunal constitucional censurar las leyes financieras que derogasen esos límites», ibid., p. 388. Agrega Ferrajoli que «Menos problemáticas son las garantías sociales secundarias, una vez introducidas las garantías primarias —por ejemplo, la escolarización obligatoria, la asistencia sanitaria gratuita o la renta mínima de subsistencia— y por tanto la posibilidad de detectar y eliminar sus posibles violaciones. La experiencia jurisprudencial, al desmentir el lugar común de la no accionabilidad de los derechos sociales, ha mostrado los ulteriores espacios de justiciabilidad de los mismos y de exigibilidad de las prestaciones que forman su contenido ante las tradicionales jurisdicciones civil, penal y administrativa» (ibid., p. 388).