
PRÓLOGO

¿Por qué deberíamos seguir teorizando los derechos sociales? Teorizar los derechos parece enfrentar una paradoja. Si se hace en un contexto jurídico-político en el que los derechos gozan de cierto respeto y protección, la labor teórica puede parecer redundante y en última instancia inútil. Si por el contrario esa reflexión teórica aparece en un contexto diferente, en el que los derechos son desconocidos o sistemáticamente vulnerados, en este caso no aparece como redundante pero sí como inútil: ¿acaso la teorización académica tendría alguna posibilidad de revertir una situación de vulneración grave y sistemática de los derechos humanos? En ambos supuestos, la calidad, la sofisticación o la riqueza de la teorización, no parece tener que ver con los resultados prácticos. Incluso si esa teorización no pasa desapercibida y llega a ser apreciada por un auditorio, corre el peligro de ser acogida, en ocasiones, como una obviedad innecesaria (¿no tenemos derechos ya?) y en otras, descabellada y fuera de tono (pues las utopías serían irreales y poco útiles).

Esta paradoja que enfrenta cualquiera que lea, escriba o reflexione sobre los derechos, no es privativa de los derechos sociales, aunque en estos casos parecería ser más grave. ¿Por qué seguir entonces? Si la teoría parece inerte para hacer avanzar los derechos y, lo que quizá es más grave, para ofrecer resistencias en el caso de retroceso en la protección de los derechos, cuál es la razón para que en estos momentos tengamos que seguir pensando, debatiendo, leyendo y escribiendo sobre los derechos y en particular sobre los derechos sociales. Creo que para intentar responder a todo esto merece la pena poner el acento precisamente en los retrocesos de los derechos.

Seguramente dos de las principales amenazas reaccionarias respecto a los derechos se pueden identificar con la amenaza neoliberal y con la amenaza conservadora-securitaria. Ambas han llegado al cuestionamiento directo o indirecto de los derechos incluso en los contextos sociales en los que parecían más asentados. Ejemplo de la primera amenaza fue el contexto europeo tras la crisis iniciada en 2008. Ahí se propició el barrido sistemático de unos derechos sociales que apenas si mostraron capacidad de resistir la corriente que se venía encima. De lo segundo tenemos la experiencia previa de las políticas securitarias desatadas con motivo del terrorismo que habían erosionado gravemente algunos de los derechos antirrepresivos con más solera histórica y creando zonas de excepción en las que ni siquiera estaban presentes los derechos. Lo que tienen en común ambos casos es que los derechos sucumbieron estrepitosamente, justo en los momentos en que parecían llamados a cumplir su principal razón de ser. Justo en el momento en que habían de suponer un límite que, supuestamente bajo ningún concepto, se podría traspasar, el límite mínimo ante el cual otras consideraciones (políticas, económicas, de eficacia...) debían ceder.

El retroceso en los derechos sociales a que hago referencia se ha ido dando por vías de hecho, por vías políticas y debido a una relativa incapacidad de reacción por parte de los sectores subalternos que contribuyeron históricamente a su avance o que más interesados podrían estar en su defensa. Pero esas vías de hecho se han visto facilitadas por la creciente hegemonía de un pensamiento que desconsidera los derechos sociales, hasta el punto de no considerarlos derechos auténticos —o en todo caso de muy segunda categoría—. Y que desde luego no concede mayor relevancia al valor de una cierta igualdad material económico-social que estaba en la base de la reivincación de los derechos sociales, y por ello es capaz de convivir con máximos grados de desigualdad.

La hegemonía de este pensamiento supone que haya llegado a convertirse en sentido común jurídico-político, hasta el punto que es aceptado a veces, incluso, por quienes defienden los derechos sociales. Este es seguramente un punto clave, el del sentido común. Sería ingenuo pensar que las disputas políticas y los procesos sociales se ventilan principalmente en el nivel del discurso académico, o inclusive en términos del mayor o menor desarrollo racional de unos argumentos u otros. Pero no se puede despreciar la idea de que el discurso bien construido sobre los derechos puede y debe contribuir a generar o a reconstruir un sentido común favorable a los derechos. Y de la misma manera, la actuación jurídica, social y política —y también institucional— inspirada en tal sentido común puede representar también un instrumento de resistencia en la lucha por los derechos.

El libro, que tengo el privilegio de prologar, y su autora reúnen ambas condiciones. De un lado, se trata de un libro excepcionalmente construido y argumentado. Además su autora ha tenido la oportunidad de contrastarlo y de aplicarlo allí donde las buenas teorías pueden resultar guías para la acción.

En efecto, se trata de un libro no solo bien escrito y argumentado, sino que además ofrece más incluso de lo que promete, lo que no suele ser frecuente. A primera vista se trataría de un libro que puede concernirle a las personas interesadas en el derecho a la educación en general y, particularmente, en el derecho a la educación en el contexto colombiano. Desde luego, estas personas no se sentirán defraudadas, pues la construcción que se hace de esta cuestión es completa. El libro aporta los elementos centrales del contenido jurídico del derecho a la educación, enfocado además correctamente con una consideración de los estándares internacionales que determinan las obligaciones del Estado en relación a este derecho. Además, el capítulo correspondiente reconstruye de forma crítica el tratamiento que la jurisprudencia constitucional colombiana hace del derecho a la educación, centrándose fundamentalmente en la idea de la prohibición de regresividad y apreciando no sólo aquellos aspectos valiosos de la línea jurisprudencial, si no también los aspectos sobre los que debería haberse ido más allá en cuanto a la protección del derecho.

Si bien el libro está centrado en la realidad colombiana, sin duda, lectoras y lectores de otros países podremos apreciar con familiaridad aspectos relevantes para nuestras propias realidades. Pero el tratamiento que se hace del derecho a la educación, sin ser meramente un caso de estudio para contrastar, viene acompañado de una reconstrucción de aspectos centrales de la teoría de los derechos sociales. Por un lado esto da firmeza y consistencia teórica al estudio del derecho a la educación; pero, por otro lado, constituye un resultado que, como decía, consigue ofrecer mucho más de lo que promete. Las reflexiones sobre la prohibición de regresividad y sobre todo, respecto a la exigibilidad de los derechos sociales y su fundamentación filosófica (moral, política y jurídica) van mucho más allá de cubrir un expediente introductorio. Suponen abordar tres asuntos relevantes para la teoría de los derechos

sociales, tres de los asuntos probablemente más relevantes para esa reconstrucción de un sentido común favorable a los mismos, y de una defensa sólida de sus posibilidades jurídicas, en momentos en que están siendo cuestionados, empezando por la idea de que son derechos de segunda categoría.

En efecto, en el ámbito de los documentos internacionales se considera como un principio básico a la idea de que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes. Cuando se habla de indivisibilidad, lo que se quiere señalar es que no existen categorías o jerarquías políticas o conceptuales en el catálogo de los derechos: no se pueden tomar unos derechos y rechazar otros, optar sólo por algunos o considerar que otros son prescindibles. En lo que se refiere al rasgo de la interdependencia de los derechos, supone una razón adicional para la indivisibilidad, pues lo que indica es que los derechos están tan fuertemente conectados unos con otros que resulta de hecho imposible cumplir sólo con algunos. La vulneración de un derecho supone, por un lado una vulneración global. Además, la vulneración de unos derechos con mucha frecuencia acaba suponiendo la vulneración de otros conectados, o bien la erosión de las bases o requisitos necesarios para que otros derechos se puedan respetar. De acuerdo con esto, no tendría sentido considerar que los derechos sociales son algo así como un lujo para tiempos de prosperidad ni mucho menos que son tan importantes como los derechos civiles y políticos.

Sin embargo, la idea de indivisibilidad que, insisto, es en principio aceptada como la visión oficial de los derechos humanos, no es tomada en sus consecuencias ni siquiera en la legislación internacional. Los tratados internacionales de derechos humanos más importantes a nivel universal (es decir, los no circunscritos a un ámbito regional) son los pactos internacionales de 1966. Mas nótese que es en plural, *pactos*, pues uno se refiere a los Derechos Civiles y Políticos y otro a los Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, lo que permite que un Estado sea parte de ambos o bien de uno pero no del otro. Así, mientras que 18 Estados no han firmado ni ratificado el primero, son 26 los que no lo han hecho con el segundo. A nivel interno ocurre algo parecido y son muchas las constituciones —la española es un ejemplo— que ofrecen menores garantías jurídicas a unos derechos que a otros.

Naturalmente, estas rebajas en la consideración de los derechos sociales, en contradicción con la idea de indivisibilidad de los derechos, no es casual. Por debajo de declaraciones genéricas sobre la indivisibilidad de los derechos, aparece la visión liberal conservadora que desde siempre consideró que los derechos sociales, en caso de ser auténticos derechos, son derechos de segunda categoría.

Vale la pena seguir el camino argumentativo subyacente a estas ideas, para ver hasta qué punto ha penetrado, como decíamos, en el sentido común de los derechos. De acuerdo con esta visión, los derechos sociales serían tardíos, exigirían acciones positivas, serían costosos, complicados de garantizar, subalternos, generadores de intransigencias, poco respetuosos con la alternancia política, etc. En definitiva, suponen una tentativa errada y contraproducente de adaptar demandas sociales a una estructura —la de los derechos— que no es la adecuada.

No puedo abordar todo estos tópicos aquí, más bien apuntar hacia algunos. Vamos con el de tardíos. Se dice que los derechos sociales son tardíos respecto de los otros. Según esta idea —a veces presentada con las famosas generaciones de derechos— en el siglo XVIII surgieron las primeras declaraciones de derechos que incluían a los derechos civiles y políticos de raíz liberal, mientras que los derechos sociales sólo aparecen como reivindicación a inicios del siglo XIX y alcanzan alguna proclamación real en el siglo XX. Frente a ello hay que advertir que es

necesario abandonar ya la metáfora de las generaciones. La simplificación que esto produce lleva en la mayor parte de los casos directamente a la falsedad histórica. Derechos que clasificamos hoy en día como sociales fueron ya reivindicados desde el primer momento en que la propia idea de derechos se convierte en un mecanismo para articular demandas políticas. Las versiones más radicales y comprensivas de los derechos no triunfaron de entrada en las revoluciones del XVIII, pero eso no significa que no estuvieran presentes. Piénsese en la idea de "fraternidad", la tercera y olvidada parte de la trilogía revolucionaria francesa. La fraternidad no significaba en aquel contexto histórico lo que hoy generalmente entendemos. Fraternidad es la hermandad de los que se han liberado del dominio del padre, del amo. En este sentido la hermandad no es sólo de los "mayores de edad", sino sobre todo de los independientes, porque sólo alguien que es civilmente independiente puede ser ciudadano. Pero alguien sólo es independiente civil si lo es económicamente. De ahí que la idea de fraternidad asume que sólo se puede gozar de la misma (y con ella de la libertad y de la igualdad), desde la suficiencia económica, esto es, mediante el goce simultáneo —diríamos hoy— de los derechos civiles, políticos y sociales.

Vayamos con lo de que los derechos sociales exigen acciones positivas y son caros (o hasta insostenibles). Se dice, al hablar de ello, que los derechos civiles y políticos son negativos, de no intervención. Lo único que exigen del poder es en general abstención: déjenme expresarme libremente, no me encarcelen sin motivo, no me molesten en mi rezo, etc. Por el contrario, los derechos sociales serían mucho más exigentes, complejos y costosos. Para garantizar el derecho a la salud, por ejemplo, no bastaría con la abstención, es decir, con que el poder no contribuya a deteriorar nuestra salud. Exige también crear estructuras burocráticas, legislar incansablemente, construir hospitales y centros de salud, contratar personal, etc. Según este relato, todo contribuye a crear estructuras estatales y burocráticas cada

vez más poderosas en conflicto, real o potencial, con la libertad y con los derechos que importan. Y además resulta terriblemente caro, insostenible, por encima de nuestras posibilidades, pues, además, las demandas sociales son insaciables. Frente a ello, hay que decir que los derechos, todos los derechos son efectivamente caros, y no sólo en términos económicos, que también. O como advertían Holmes y Sunstein, nuestras libertades dependen de los impuestos. Pero una sociedad decente tiene que asumir este precio; los derechos políticos, para empezar. La democracia tiene costos y claro que existen formas de gobierno más baratas que aquellas en las que se organizan onerosas votaciones para posibilitar la participación política. La garantía de los derechos de propiedad, también, es bastante cara, pues no se limita a la abstención estatal: es caro mantener una magistratura, hacer que las sentencias se cumplan o mantener una policía. Por no hablar de cómo se subvencionan directa o indirectamente la "libertad de prensa" o la "libertad de cultos", que en no pocas ocasiones supone directamente subvencionar no a los débiles sino a los poderosos.

Podríamos seguir desgranando críticamente este tipo de argumentaciones, pero únicamente quiero destacar dos cosas. En primer lugar, la relativa debilidad de este tipo de argumentos propios del liberalismo conservador que hacen menos a los derechos sociales. Mostradas como verdades indiscutibles, son en realidad parte de un relato político muy cuestionable ya no sólo en los valores que le acompañan sino en los hechos en los que se supone basado. Pero en segundo lugar, hay que destacar cómo ha conseguido colonizar el sentido común sobre los derechos hasta el punto de que espontáneamente es aceptado en algún grado, incluso por quienes defienden los derechos sociales.

Con todo, un poderoso argumento a favor de la indivisibilidad y de la interdependencia de los derechos se ha hecho evidente en estos tiempos. No en un repaso

teórico del origen y consolidación de los derechos, sino precisamente en el hecho de cómo están siendo cuestionados y atacados. Los recortes en derechos sociales vienen acompañados, necesariamente, de recortes también a los derechos civiles y políticos. No podría ser de otra manera. La ola de ataque a los derechos sociales viene acompañada de un ataque a los derechos en general y de los derechos políticos en particular. Sólo desde un incremento del autoritarismo, de la pasividad social, de la criminalización de la protesta se pueden recotar las instituciones sociales que dan contenido a los derechos sociales. Por eso no pueden sino ir de la mano. Además de sus indistinciones históricas o conceptuales, los derechos son hoy indivisibles e interdependientes desde el punto de vista político. Porque un ataque a los derechos es un ataque a todos los derechos.

Afirmaba más arriba que la autora ha tenido la oportunidad de contrastar y de aplicar su saber y compromiso con los derechos allí donde las buenas teorías pueden resultar guías para la acción y donde, por desgracia, además no siempre están bien presentes. Andrea Núñez cuenta con una amplia trayectoria en el sector público, y especialmente en la rama judicial, donde ha desempeñado diversos cargos, entre los que se encuentran el de Magistrada Auxiliar (en distintos órganos incluyendo la Corte Constitucional) y Directora Nacional en la Defensoría del Pueblo y la Fiscalía General de la Nación. Esta trayectoria profesional viene avalada por una destacada formación académica, como Abogada egresada de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho Constitucional de la misma Universidad. Además realizó estudios de postgrado, completando el magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid, el diploma de postgrado en Estudios Políticos y Constitucionales del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid y el curso de especialización en Derechos Humanos del Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo.

Quiero por último hacer mención al origen de este libro, que además está relacionado con el momento en que tuve la suerte de conocer a su autora. El contenido del libro contenido está basado en el trabajo final que la autora realizó en el posgrado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, dentro del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", de la Universidad Carlos III de Madrid. Ese trabajo se defendió como tesis de maestría ante un tribunal en 2009 y obtuvo la máxima calificación. El trabajo estuvo dirigido por la profesora María José Añón Roig, una autoridad distinguida en la materia de derechos sociales, de la Universitat de València.

Como tutor, tuve la oportunidad de seguir de cerca el desarrollo de la investigación, así como la constatación de su ejemplaridad, algo que bien puede también contrastar quien lea ahora el libro.

Andrea Núñez desarrolló además su investigación dentro de una generación excepcional de estudiantes del posgrado, por lo que se pudo beneficiar —aunque sin duda fue una de las artífices— de un inmejorable clima de trabajo, de un ambiente propicio para la investigación comprometida con los derechos, para el debate y también para el intercambio solidario de ideas. Ello no sólo tuvo el fruto de espléndidos resultados como es éste, sino también de la creación y el cultivo de lazos intelectuales y personales que todavía se anudan vinculando instituciones y personas en distintos países. El que me encuentre entre ese grupo de personas es sin duda una de las mejores cosas que me ha traído la labor universitaria.

Carlos Lema Añón

*Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid
y Director del Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos*

Madrid, septiembre de 2017