

BREVE ANÁLISIS DE LA TRADICIÓN
CONSTITUCIONAL EN EL CONTEXTO
DEL RECONOCIMIENTO
DE LOS DERECHOS SOCIALES.
PROBLEMAS A SU FORMULACIÓN

BRIEF ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONAL
TRADITION IN THE CONTEXT
OF THE RECOGNITION OF SOCIAL RIGHTS.
PROBLEMS TO YOUR FORMULATION

*Juan Andrés González Tugas**

RESUMEN: El presente texto sistematiza y resume distintas tradiciones constitucionales con el objetivo de confrontar sus postulados con el reconocimiento de nuevos derechos, en especial, de los derechos sociales. El análisis se inicia con el surgimiento de las tres tradiciones clásicas del constitucionalismo: la inglesa, la americana y la francesa. Luego se exponen los hechos más sustanciales de la tradición alemana de posguerra. El texto concluye con la irrupción de los derechos sociales como nueva tradición del Derecho Constitucional.

PALABRAS CLAVE: Tradición Constitucional - Derechos Sociales - Derecho Constitucional

ABSTRACT: This text systematizes and summarizes different constitutional traditions in order to confront their postulates with the recognition of new rights, especially social rights. The analysis begins with the emergence of the three classical traditions of constitutionalism; the English, the American and the French. Then the most substantial facts of the post-war German tradition are exposed. The text concludes with the emergence of social rights as a new tradition of Constitutional Law.

KEYWORDS: Constitutional Tradition - Social Rights - Constitutional Law.

* Doctor en Derecho Universidad de los Andes, Magister en Derecho Público Pontificia Universidad Católica.

I. LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL

Durante la antigüedad no existió un texto normativo que contemplase los preceptos esenciales de la sociedad, tal como en la actualidad.

En efecto, aun cuando en un sentido absoluto la filosofía clásica hubiese descrito y analizado la estructura, disposición y formas de organización de los distintos regímenes políticos¹, únicamente es reconocible un derecho superior a cualquier legislación implícito en la naturaleza de las cosas.

De esta forma, no se plantean temas normativos ni abstractos como podrían ser la soberanía, la voluntad general o el Estado, sino, más bien, cuestiones concretas como el conflicto (*stásis*), el orden (*eunomía*) y el consenso (*isonomía*). Esas eran las premisas de la *polis*: alcanzar la *politike koinonia*².

Por ello, si bien algunos textos clásicos hacen referencia a la constitución, la ley o al Estado, no lo hacen en los términos y el sentido que aquí nos preocupa.

1) La tradición constitucional inglesa

“La fase medieval de la historia inglesa es como la prehistoria constitucional del mundo”³.

En efecto, la tradición inglesa sentó las bases de la doctrina constitucional. En esa línea se reconoce el régimen de representación, el *Common Law* y el vínculo de las personas con el Derecho, hechos sobre los que se funda el *Rule of Law* o Imperio del Derecho.

De igual forma, la existencia de un parlamento con facultades deliberativas y judiciales, y los primeros textos constitucionales, como la renombrada Carta Magna de 1215, van conformando la tradición constitucional inglesa⁴.

¹ Sobre el concepto absoluto de constitución como “la concreta situación de conjunto de la unidad política” de un pueblo SCHMITT (2006).

² La *politike koinonia* representa una diversidad de formas de organización unificadas en torno a un *ethos*. En este sentido, la racionalización del poder aparece como uno de los aportes de la Grecia Clásica en nuestra tradición. De igual manera, la primacía del ágora y el valor de la palabra, las elecciones por sorteo a cargos públicos y altas magistraturas, la alternancia en el poder y el gobierno responsable, todas las cuales van delineando un hombre no individualista, vinculado al mundo de las cosas y las personas por lazos reales y no superficiales o instrumentales. Esa fueron las claves de la *politeia* que luego son traspasados a la *civitas* romana.

³ PEREIRA MENAUT (1992).

⁴ La Carta se dirige a la jerarquía eclesiástica, a la nobleza y a las autoridades oficiales del reino. Ella establece “en forma pactada una serie de heterogéneas reglas casuísticas” como las prescritas para la construcción de puentes, o las dispuestas para establecer derechos e inmunidades de los clérigos y la Iglesia, o aquellas que regulaban las obligaciones de familia o los impuestos. Asimismo, reconoce principios fundamentales de la libertad de las personas como el famosísimo artículo XXXIX (recogido primero por la Constitución de Estados Unidos y luego por todas). *Ibid.*, p. 49.

Con el advenimiento de las dinastías Tudor y Estuardo se produce una serie de hechos que degradan la confianza entre el Monarca y el Parlamento. De aquí surgirá la necesidad del ciudadano de recurrir a las Reglas del Derecho Natural a fin de establecer límites y controles al poder.

A propósito de las medidas restrictivas adoptadas por Jacobo I y Carlos I en materia de cultos e impuestos surge el concepto de “monarquía limitada”. Luego, la tarea legislativa no será vista como una función privativa del Monarca sino como una que le cabe realizar al pueblo representado por los estamentos⁵.

Las pretensiones absolutistas sobreviven a la ejecución de Carlos I y a la Constitución republicana de Oliver Cronwell de 1653. Sin embargo, aun cuando esta última fuese derogada en 1660, la tradición inglesa comienza a distinguir entre un *poder constituyente* y un *poder legislativo constituido*⁶. De igual modo, distingue la *ley ordinaria* de la *ley constitucional*.

Gracias al reconocimiento de la *monarquía limitada* se acuña el principio de separación de poderes⁷. De esta forma, el *Instrument of Government* descarta la aplicación de una soberanía absoluta y la sustituye por una conjunta, que propicia una relación representativa entre el ciudadano y el poder público.

Serán las nociones de ‘monarquía limitada’ y ‘soberanía conjunta’ las que permitirán en Inglaterra un orden constitucional equilibrado, fundado en el balance de poderes. Gracias a estos principios surge la Constitución mixta que radica el Poder Ejecutivo en el Monarca y el Poder Legislativo en el pueblo representado por el Parlamento⁸.

Sin embargo, el principio de *soberanía conjunta* fue ampliamente debatido por los juristas ingleses. Mientras que, para algunos, el poder del Rey era originario y el del Parlamento delegado, para otros significaba lo puesto, vale decir, que el poder del pueblo representado en el Parlamento era originario y el poder del Rey delegado.

En 1685 Jacobo II adopta una serie de medidas autoritarias que incrementan las potestades reales frente al Parlamento. Al dictaminarse la ilegalidad de estas medidas en función del *Common Law* y derogarse la Constitución por el Rey, se origina la *Glorious Revolution* de 1688.

En 1689 se dicta el *Bill of Right*. Su texto establece una serie de prohibiciones a la Corona en materia de recaudación de dineros bajo la *pre-*

⁵ En ese contexto se dictan la *Petition of Rights* de 1627, el *Habeas Corpus* de 1640, la *Star Chamber Abolition Act*, la *Grand Remonstrance* de 1641, y las *Nineteen Propositions* de 1642. FIORAVANTI (2007).

⁶ “Corresponde al poder constituyente del pueblo la instauración de la forma institucional del poder legislativo al que dicho pueblo confía la regulación de su vida política para el bien público”. En referencia a Locke, RAWLS (2009), p. 181.

⁷ PEREIRA MENAUT (1992), p. 58.

⁸ MARTÍNEZ ESTAY (1998), p. 113.

*rrogativa regis*⁹, de reclutamiento militar, de aplicación de fianzas, multas excesivas y castigos crueles e inusuales. Además, reconoce el derecho de petición al Rey, el derecho de poseer armas para la defensa personal, la libertad de expresión y debate en el Parlamento, y la libertad de elección de sus miembros¹⁰.

En materia de derechos, la declaración reconoce que:

“...los dichos lores espirituales y temporales y comunes en Parlamento (...) ruegan sea declarado y legislado que todos y cada uno de los derechos y libertades afirmados y reclamados en dicha declaración son los verdaderos antiguos e indudables derechos y libertades de las gentes de este Reino...”.

Con todo, la *soberanía del parlamento* no es absoluta y considera límites. Así, se reconoce el derecho de las personas a desobedecer o resistirse a la ley, prerrogativa que se sustenta en la presunción de libertad y en “los sentimientos morales del tiempo y la sociedad”¹¹.

Por su parte, los principios de *independencia* e *inamovilidad* judicial¹², concebidas como límites al poder, aseguran la aplicabilidad directa de la Constitución¹³. En ese orden, el potestad de los jueces es limitada por los derechos de propiedad, de libertad personal y la cláusula del debido proceso a que alude la Carta Magna.

Guiada por el *Rule of Law* y el principio de *soberanía conjunta*, la tradición inglesa reconoce en la Constitución nuevos mecanismos que permiten controlar y garantizar la responsabilidad política del Parlamento. Así, el *impeachment*, los actos de justicia legislativa o el *bill of attainder*.

Lo anterior, asociado al reconocimiento de un gobierno con oposición política¹⁴, configuran un modelo eficaz de frenos. Así, la *Reform Bill* de 1832, la *Representation of the People Act* de 1867 y de 1884, y la ley de voto univer-

⁹ PEREIRA MENAUT (1992), p. 180, en alusión a la doctrina de Benjamin CONSTANT: “El poder real (...) es un poder neutro (...)”.

¹⁰ Este consentimiento se manifiesta en cuatro derechos: 1) Regular la sucesión al trono sin considerar los títulos hereditarios; 2º) Limitar la designación de los miembros de su Consejo privado; 3º) Elegir la Cámara de los Comunes y 4º) Limitar la influencia del Rey en las decisiones de los jueces so pena de ser destituidos de sus cargos.

¹¹ El derecho a desobedecer, el derecho a resistencia a las leyes y la insumisión está asentado en el *Common Law* inglés en el siguiente principio: la libertad se presume mientras que las restricciones a la misma han de formularse expresamente. PEREIRA MENAUT (1987), p. 450.

¹² Previstas en el *Act of Settlement de 1700* o *Act for the further Limitation of the Crown and better securing the Rights and Liberties of the Subject*.

¹³ El carácter normativo y directo de la Constitución reúne tres condicionantes: 1º) “Implica una imposición al Estado en orden a no entorpecer el ejercicio de los derechos”; 2º) “Supone la posibilidad de alegar los derechos ante los tribunales”; 3º) “Que la sola proclamación resulta suficiente para la satisfacción de esos derechos”. MARTÍNEZ ESTAY (1998), p. 126.

¹⁴ PEREIRA MENAUT (1992), pp. 63-64.

sal de 1918, democratizan el régimen político y posibilitan el control de la función gubernamental y parlamentaria por parte de los electores.

Con la fundación del *Labour Party*, a fines del siglo XIX, y la publicación del *Informe Beveridge*, en el primer tercio del siglo XX, se prescriben un conjunto de leyes sociales que darán origen al Estado Bienestar¹⁵.

2) La tradición constitucional estadounidense

La tradición constitucional de Estados Unidos se gesta en la Inglaterra de Isabel I de Tudor. Durante las últimas décadas del siglo XVI y las primeras del XVII surge en Inglaterra un “movimiento religioso, político y revolucionario”¹⁶ que se opone a la Iglesia y a la Corona¹⁷.

En esa época, gran parte del litoral de la costa Este de Norteamérica pertenecía a la Corona. Cada colonia poseía un sistema político distinto que variaba según el territorio. En unos casos

“el rey sometía a una parte del Nuevo Mundo a un gobierno de su elección, encargado de administrar el país en su nombre y bajo sus órdenes inmediatas”,

en otros “concedía a un hombre, o una compañía, la propiedad de ciertas porciones del país” o confería a

“un cierto número de inmigrantes el derecho de formarse en sociedad política, bajo el patronato de la madre patria, y de gobernarse a sí mismos en todo lo que no era contrario a sus leyes”¹⁸.

Para entender el complejo mapa migratorio hay que diferenciar lo que ocurre a ambas orillas del río Hudson. Mientras que, desde 1607, los territorios al sur del Hudson son poblados por un grupo heterogéneo de inmigran-

¹⁵ El 30 de noviembre de 1942 aparece a la venta en las librerías inglesas un informe titulado “Seguridad Social y servicios conexos”, trabajo que, en 1941, fuera encargado por el gobierno laborista de Artur Greenwood a William Beveridge. Aun cuando el encargo se limitaba a un número acotado de problemas sociales, el informe propuso la creación de un ambicioso sistema de salud y subsidios para el desempleo en el ámbito nacional, concluyendo que la cuestión social tenía cinco dimensiones que debían ser abordadas por la autoridad: la necesidad física, la enfermedad que provoca el estado de necesidad, “la ignorancia que ninguna democracia se puede permitir”, la miseria, y la ociosidad que destruye la riqueza y corrompe a las personas. PUELLES BENÍTEZ (2012), pp. 132-133.

¹⁶ CRUNDEN (1995), pp. 21-35.

¹⁷ El conflicto se produce entre un sector conservador puritano *antiseparatista* y un ala radical *separatista* o *independiente* que reclama independencia con miras a la fundación de nuevas congregaciones. Luego, y a consecuencia de las duras medidas implementadas por Jacobo I en materia de cultos, se inicia el primer proceso de migración desde Inglaterra a las colonias del norte de América.

¹⁸ TOCQUEVILLE (1835), p. 59.

tes que, con el correr del tiempo, se transforma en una poderosa aristocracia cuya economía industrial y terrateniente es de origen esclavista, desde 1620 los territorios ubicados al norte del río, conocidos como Nueva Inglaterra, son colonizados por *pilgrims*.

Esta corriente migratoria de origen protestante funda la comunidad política en el “contrato social, la igualdad, la cooperación, el Derecho natural” y la alianza entre Dios y el hombre (*covenant*)¹⁹. De manera que los fundamentos de sus creencias no son de origen oficial ni de carácter nacional como sí lo era el anglicanismo del cual huían.

No obstante esta diversidad, todas y cada una de las colonias reconocen “el *Common Law* y los principios del *local self-government*”²⁰, fundamentos que garantizan una cierta autonomía²¹.

La guerra contra Francia en 1763 deja a Canadá y los territorios ubicados al este del Misisipi en posesión inglesa. Sin embargo, también implica un déficit presupuestario en las arcas del gobierno inglés, déficit que determina por parte del Parlamento un alza impositiva sobre las colonias²².

Frente a la arbitrariedad de la medida es alegado el principio *no taxation without representation*²³. La norma es derogada por el Parlamento, pero en 1767 el hecho se repite²⁴.

En 1774, los representantes de las doce colonias reúnen a sus representantes en Filadelfia y envían al rey Jorge III un memorial de agravios²⁵. Dado el escaso interés que en Inglaterra suscita el nuevo petitorio, es convocado, en 1775, un segundo Congreso. Finalmente, el 4 de julio de 1776 es declarada la independencia de Estados Unidos de Norteamérica.

Para los estadounidenses no solo era importante establecer límites contra un individuo específico, como ocurre con el *dualismo originario* del modelo inglés, sino disponer salvaguardias efectivas contra el poder ilimitado de la asamblea²⁶.

La Declaración de Independencia de 1776 reconoce el derecho de los individuos a limitar las prerrogativas de quien quiera detentar el poder de

¹⁹ PEREIRA MENAUT (2012), p. 20.

²⁰ *Ibid.*

²¹ TOCQUEVILLE (1835), pp. 53, 58.

²² En esa línea son dictadas la *Sugar Act* y la *Stamp Act*, que gravan el azúcar y los papeles comerciales CRUNDEN (1995), pp. 47-48.

²³ PEREIRA MENAUT (2012), p. 21.

²⁴ Bajo ese contexto es promulgada la *Coercive Acts*.

²⁵ *Op. cit.*, p. 21.

²⁶ En esta línea se circunscribe la declaración de los Hijos de la Libertad de Nuevo Londres que proclama el derecho del pueblo de “asumir el ejercicio de la autoridad que le pertenecía por naturaleza antes de haberlo delegado a individuos” toda vez que se excediesen los límites del poder “impuestos por el pueblo en todas las constituciones” *Connecticut Courant*, 30 de dic. 1765. DIPPEL (2005), p. 28.

manera absoluta. En ese sentido, la declaración proclama en el segundo y último párrafo:

“Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales, que son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad. Que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quieren que una forma de gobierno se haga destructiva de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla, o abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad”.

“Por tanto, Nosotros, los Representantes de los Estados Unidos, reunidos en Congreso General (...) publicamos y declaramos lo siguiente: que estas colonias son y por derecho deben ser estados libres e independientes...”²⁷.

Con el objetivo de alcanzar una mayor integración frente a la guerra de independencia, en 1777 el Congreso promulga los *Articles of Confederation*²⁸.

No obstante que los resultados de la guerra de independencia fueran en beneficio de las colonias, este primer intento de unión política fracasa debido a la incapacidad del Congreso para imponerse como órgano de gobierno. En efecto, el nuevo gobierno carece de facultades legislativas en materia tributaria y de comercio, circunstancia que ya había dificultado la defensa de los intereses confederados en la guerra de independencia²⁹.

La carencia de un gobierno federal más vigoroso es resuelta con la Constitución federal de 1787. En concreto, la nueva Constitución dota a los órganos ejecutivo y legislativo de “facultades efectivas, reforzadas por la previsión de supremacía del derecho positivo federal sobre el de los estados miembros”³⁰.

²⁷ DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_Independencia_de_los_Estados_Unidos [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2013].

²⁸ Los artículos entran en vigor en 1781, con la ratificación del estado de Maryland.

²⁹ De acuerdo con las competencias atribuidas por estos artículos, el Congreso únicamente podía “declarar la guerra y reunir un ejército (art. IX), pero no obligar a un estado a aportar su cuota de tropas; podía pedir a los estados que abonaran su parte alicuota de la financiación de la Confederación, pero no tenía capacidad sancionatoria ni ejecutiva contra el incumplidor (art. VIII). La potestad tributaria y arancelaria era de los estados, lo mismo la moneda” PEREIRA MENAUT (2012), p. 22.

³⁰ En referencia al artículo VI de la Constitución de 1787, MARTÍNEZ ESTAY (1998), p. 117.

Sin embargo, estas potestades serían delimitadas en un plano funcional y territorial sobre la base de un sistema de frenos y contrapesos (*check and balances system*)³¹.

Para lograr ese fin, el órgano legislativo en el ámbito del gobierno federal es compuesto por dos cámaras: la de Representantes, que representa a la población en forma proporcional, y la del Senado, que representa a los estados federados. Asimismo, el órgano ejecutivo radica en un presidente y, el judicial, en un tribunal supremo con capacidad de control de ambos poderes.

Por último, en el ámbito local, cada estado federado está facultado a ejercer un autogobierno a través de un órgano ejecutivo, un legislativo y un poder judicial, pero siempre limitados por la Constitución federal.

Lo curioso es que el texto nada decía sobre los derechos y libertades como expresión de los límites al poder. Siguiendo la tradición inglesa, los derechos se entendían implícitos en la Constitución.

Al respecto, se sostenía que la redacción de un catálogo de derechos implicaba que estos

“no se tenían por nacimiento sino por concesión del legislador. Otros alegan que las libertades ya estaban protegidas por las declaraciones de derechos de cada estado”^{32,33}.

Con todo, a poco más de una década de la Declaración y cuatro años de la promulgación de la Constitución, se aprueban las primeras diez enmiendas.

En un nuevo escenario de conflicto, los estados federados del sur proclaman, en 1861, su independencia respecto de los estados de la Unión. Este hito detona la guerra civil de Estados Unidos.

La guerra por la secesión deja una profunda huella en la Constitución y el modelo federal. En efecto, como consecuencia del conflicto es reconocida la primacía del Derecho Federal respecto del Estadual. En otras palabras, la supremacía de la Constitución no solo se manifiesta con la Constitución

³¹ PEREIRA MENAUT (2012), p. 23.

³² En rigor, a la Declaración de Independencia de 1776 le anteceden las constituciones de New Hampshire, de 5 de enero de 1776 y de Carolina del Sur, de 26 de marzo de ese año. Ambas tenían un claro matiz representativo. En tanto, las constituciones de Virginia, New Hampshire, Carolina del Sur, Nueva Jersey y Pensilvania, de 1776, y las constituciones de Georgia, Vermont y Nueva York, de 1777, incorporan el concepto absoluto de soberanía sin reconocer la independencia judicial. En 1778 es reformada la Constitución de Carolina del Sur con el reconocimiento de un poder judicial y el derecho de enmienda. A partir de estas experiencias nace el principio de *gobierno limitado* (*limited government*) con el cual, siguiendo la doctrina de Locke “Todo poder se radica en el pueblo” y se “deriva del pueblo”.

³³ El reconocimiento de los derechos que realizan las constituciones de los estados federados constituye un verdadero laboratorio para el desarrollo de la tradición constitucional estadounidense.

federal sino que, además, con la legislación federal, en los *poderes implícitos*³⁴ y en las potestades de control del Tribunal Supremo Federal.

A partir de 1865 se dicta una nueva serie de enmiendas a la Constitución de Estados Unidos, entre las que destaca la abolición de la esclavitud³⁵, la igual protección de la ley y reconocimiento del debido proceso (enmienda XIV). En 1870 se reconoce el derecho a voto (enmienda XV) y, en 1920, el derecho a voto de las mujeres (enmienda XIX).

Producto de la aguda crisis económica que se desata con la debacle financiera de *Wall Street*, en 1929 se inicia un periodo de reformas sociales que incrementan las prerrogativas del poder central. En este contexto de reformas, Franklin D. Roosevelt propone el 11 de enero de 1944 un segundo *Bill of Rights*.

La propuesta reconoce un conjunto de derechos de prestación, como el derecho a una remuneración justa y adecuada, el derecho de alimentos y vestuarios, el derecho a la recreación y el ocio, el derecho de los agricultores a vender sus productos a un precio justo, el derecho de todo hombre de negocio, pequeño o grande, a trabajar en un medio libre de dominaciones injustas y competencias desleales, el derecho de la familia a vivir en una vivienda decente, el derecho a recibir los cuidados médicos y las prestaciones necesarias para disfrutar de una buena salud, el derecho a la protección social para hacer frente a los problemas de naturaleza económica que sobrevienen con la edad, los accidentes, las enfermedades, el desempleo, y, por último, el derecho a recibir una buena educación³⁶.

Aun cuando hay quienes sostienen que el paquete de reformas propuestas sirvió como argumento para incluir los derechos sociales en un plano material de la Constitución, en términos formales, la iniciativa es desechada³⁷.

3) *La tradición constitucional francesa*

Teniendo como antecedente las experiencias de las revoluciones en Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica, y los postulados de Bodin y Rousseau, la tradición constitucional francesa se inclina por implementar un concepto de soberanía de carácter ilimitado, absoluto y perpetuo.

En los siglos XVI y XVII, el conflicto social, económico y político que deriva de las cruentas guerras religiosas parece tener solo tres alternativas:

³⁴ Esta doctrina está contenida en las sentencias *McCulloch v. Maryland* de 1819 y *Gibbons v. Ogden* en 1824, ambas de la Suprema Corte. MARTÍNEZ ESTAY (1998), pp. 117-118.

³⁵ Enmienda XIII.

³⁶ ROOSEVELT (1944), WOLFGANG SARLET (2010).

³⁷ Sin embargo, hay quienes sostienen que este antecedente sirve para justificar el reconocimiento de los derechos sociales en un plano material de la Constitución, una especie de compromiso constitucional o *constitutional commitment*. SUNSTEIN (2006).

someter la voluntad del pueblo a la potestad del monarca y alcanzar la paz mediante el terror; someter la voluntad del pueblo y la del Monarca a una suerte de compromiso o arbitraje; o someter esa voluntad a un tercero distinto del pueblo y el Monarca³⁸. Bajo este último escenario se acuña la teoría de la soberanía absoluta propuesta por Bodin y la tesis de la voluntad general ideada por Rousseau.

El desenlace del conflicto es más o menos conocido; la caída del “Antiguo Régimen”³⁹ y la autoproclamación de la Asamblea Nacional Constituyente de 1789. Asimismo, el 27 de agosto de ese año se publica la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, hecho que representa el ideario de la tradición constitucional francesa.

Dos años más tarde, en 1791, es aprobada la primera Constitución en cuyo preámbulo se incorpora la Declaración de Derechos:

“Los representantes del pueblo constituidos en Asamblea nacional (...) han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración..., les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse con la finalidad de toda institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, en adelante fundadas por principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos”.

La Constitución de 1791 reconoce la separación de poderes sobre la base de una monarquía limitada que encarna al Poder Ejecutivo, un órgano legislativo representado por Asamblea Legislativa, y un poder judicial a cargo de tribunales independientes. Corresponde al *pueblo racional* “establecer un equilibrio entre el poder ejecutivo y el poder legislativo”⁴⁰.

Las limitaciones a la soberanía implican, para la Constitución de 1791, una desviación de la razón humana. Así, de acuerdo con lo prescrito en su artículo 3

“el principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella”.

De esta forma, los individuos que conforman el Estado no son titulares de derechos sino únicamente sus representantes. En otras palabras, el concepto de ‘soberanía’ es encarnado por el Estado⁴¹.

³⁸ KRIELE (1989), p. 55.

³⁹ TOCQUEVILLE (2006).

⁴⁰ Cita de Montesquieu. DIPPEL (2005), p. 17.

⁴¹ COTTERET (1962), p. 16.

Aun cuando la monarquía limitada no hiciera suyas las consideraciones absolutistas de Hobbes, según la cual el poder del Monarca se justifica desde un punto de vista tradicional, carismático, o racional⁴², el poder del Estado que encarna la *voluntad general* es infinitamente superior al absolutismo del viejo régimen⁴³.

El ideario revolucionario de los primeros años de revolución cambia entre los años 1792 y 1794 por un nuevo “conflictos de soberanía”⁴⁴. En efecto, la moderación y el respeto de los primeros años de la revolución son sucedidos por el abuso, la desconfianza y la arbitrariedad. De esta forma se promulga una serie de leyes mediante las cuales el clero y la jerarquía son obligados a jurar fidelidad a la Constitución en calidad de empleados del Estado. Frente a la rebeldía de la Iglesia Católica, se decretan medidas aún más drásticas, como la pérdida de la ciudadanía de los sacerdotes, la jubilación del servicio regular o la expulsión del país⁴⁵. El 11 de agosto de 1792, la Asamblea Nacional autoriza a los consejos municipales detener a todo aquel que opusiera resistencia. Poco tiempo después, el Rey es detenido, contrariando lo prescrito por la Constitución en materia de cesación e inviolabilidad del cargo.

En 1793 se aprueba una nueva Constitución. A partir de su texto, es posible sustraer elementos germinales del constitucionalismo social. Así se deduce de su preámbulo y del artículo vigésimo tercero:

“El pueblo francés, convencido de la obligación y el deber de unos derechos naturales del hombre... declara solemnemente, como derechos sa-

⁴² En concreto, el poder soberano del Monarca se justificaba sobre la base de tres pilares: uno tradicional, por el que la sucesión dinástica es determinada por el viejo Derecho; otro carismático, según el cual la legitimidad depende de un elemento mágico y sacro; y un tercero racional, que justifica el poder soberano de acuerdo con consideraciones de Derecho Natural. De manera que solo el Rey podía dictar una constitución.

⁴³ “La primera y más importante consecuencia (...) .es que solo la voluntad general puede dirigir las fuerzas del Estado según el fin de su institución, que es el bien común: porque si la oposición de los intereses particulares ha hecho necesario el establecimiento de las sociedades, es el acuerdo entre estos mismos intereses los que lo ha hecho posible. Lo que hay de común en esos intereses diferentes es lo que forma el vínculo social, y si no hubiera algún punto en el que todos los intereses concordaran ninguna sociedad podría existir. Ahora bien, es en razón de este interés común como debe ser gobernada la sociedad.” Rousseau, *El contrato social*. Asimismo, ténganse presente la serie de atributos que expone John Rawls sobre la noción de “voluntad general” en resumen al pensamiento de Rousseau en *Lecciones sobre la historia y la filosofía política*, pp. 284-285.

⁴⁴ Previéndonos sobre las consecuencias del conflicto de soberanía Kriele comenta: “Cuando la polarización avanza cierto grado de intensidad, resulta decisivo si se incrementa llegando al nivel de conflictos de soberanía, o se modera para dar lugar a conflictos políticos dentro del marco de la constitución. Una vez superado el límite del conflicto de soberanía, se desarrolla un automatismo de escalada que conduce irremediamente hacia una lucha sangrienta”. KRIELE (1989), p. 386.

⁴⁵ *Op. cit.*, pp. 388-389.

cross e inalienables, a fin de que todos los ciudadanos puedan cotejar cada una de los actos de gobierno con todas las instituciones sociales(...)"⁴⁶.

"La garantía social consiste en la acción de todos, para asegurar a cada cual el disfrute y la conservación de sus derechos; esta garantía descansa en la soberanía nacional"⁴⁷.

La carta de 1793 realiza una nueva declaración de derechos en cuyo texto se reconocen el derecho de propiedad y libertad de industria⁴⁸, el derecho de sufragio universal masculino⁴⁹, el derecho contra la opresión⁵⁰ y los primeros derechos sociales, como el derecho al trabajo⁵¹, el deber sagrado a la asistencia pública⁵² y el derecho a la educación en los siguientes términos:

"La instrucción es una necesidad de todos. La sociedad debe favorecer a todos la facultad para desarrollar la razón pública, y hacer de la instrucción un bien accesible a todos los ciudadanos"⁵³.

En septiembre de 1793, la Asamblea se arroga la facultad de nombrar a sus ministros⁵⁴. A partir de ese momento, el principio de separación de poderes no es más que letra muerta. Asimismo, los ejes de la soberanía ya no se radican en el *poder constituyente*, sino que en el *poder constituido*⁵⁵ de la Asamblea. Nadie ni nada podría detener o limitar los abusos del régimen revolucionario⁵⁶.

Si bien la Constitución de 1793 muestra algunas simetrías con la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica de 1787, como la participación directa del pueblo mediante el sufragio universal, la facultad de anular las proposiciones de ley y la diferenciación entre un derecho público y un derecho privado⁵⁷, toma

⁴⁶ Preámbulo de la Constitución de 24 de junio de 1793, disponible en: <http://utionnel/francais/la-constitution/les-constitutios-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html> [fecha de consulta: 1 de octubre de 2013]. (Traducción propia).

⁴⁷ Artículo 23° de la Constitución de 24 de junio de 1793 (traducción propia).

⁴⁸ Artículos 8° y 16 de la Constitución de 24 de junio de 1793.

⁴⁹ Artículo 29 de la Constitución de 24 de junio de 1793.

⁵⁰ Artículo 9° de la Constitución de 24 de junio de 1793.

⁵¹ Artículo 18 de la Constitución de 24 de junio de 1793.

⁵² Artículo 21 de la Constitución de 24 de junio de 1793.

⁵³ Artículo 22 de la Constitución de 24 de junio de 1793 (traducción propia).

⁵⁴ Entre los años 1794 y 1795 se desata el régimen del terror. Es durante ese periodo que Maximilien Robespierre y los jacobinos mandan a ejecutar en la guillotina a más de mil realistas sin mediar ningún tipo de procedimiento legal que asegurara la imparcialidad de la pena.

⁵⁵ Respecto a la ficción del gobierno representativo, COTTERET (1962), pp. 16-19.

⁵⁶ KRIELE (1989), pp 365-366. Diferencia Estado constitucional y Estado no constitucional sobre la base de la distinción entre poder constituyente y poder constituido. Desde la óptica de la revolución el poder constituido no está limitado por la Constitución, es *legibus absolutus* y soberano en sentido propio.

⁵⁷ En este sentido, el siguiente texto de la carta americana por el cual se faculta al pueblo a dar instrucciones a sus mandatarios: "Todo derecho de naturaleza pública deberá ser prescrito para la consideración del pueblo, antes que ellos sean leídos en asamblea general para

distancia del poder constituyente que establece los límites a la soberanía popular.

En efecto, mientras que para los estadounidenses la propia Constitución es un mecanismo esencial de limitación del poder, para los franceses la soberanía es originaria, ilimitada e indivisible de forma insoslayable.

Era claro que el poder constituyente francés no podía quedar en manos de los poderes constituidos como ocurrió durante la revolución. Sin embargo, y a diferencia del caso estadounidense⁵⁸, la tradición francesa no aclara el lugar en el que se radica la titularidad del ejercicio de la soberanía. En concreto, no define si ella corresponde a la nación, en pleno, o a sus representantes autorizados por mandato. Luego, se podría afirmar en esta misma materia que la tradición francesa se aproxima al modelo inglés al dejar en manos de la Asamblea la facultad de disponer de los límites del poder en representación del pueblo.

Con el fracaso del régimen Jacobino son proclamadas dos textos constitucionales con un claro sesgo absolutista, el de 1795 y el de 1799.

El primero reproduce los principios que orientan la Declaración de Derechos de 1789, pero elimina los elementos más distintivos que la caracterizan, como el reconocimiento de que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”. También define la libertad en términos negativos y la igualdad en su acepción formal a fin de obstaculizar los medios para reclamar del Estado un nuevo cambio social⁵⁹. El segundo de 1799, instaura el cesarismo plebiscitario. Dicho texto establecerá un régimen autoritario por el que el poder es distribuido de forma tal que es disuelto en beneficio del jefe de gobierno o presidente⁶⁰.

el debate y su reforma” (*All bills of public nature shall be printed for the consideration of people, before they are read in general assembly the last time for debate and amendment*). Todo lo anterior, independiente de las cualidades *indubitable, unalienable and indefensible rights* (traducidas al francés como *indivisible, imprescriptible et inalienable*) y de otras analogías desde la perspectiva orgánica, como la *Hause of Representative* de Pensilvania y el *Corp Législatif* francés, que dan origen a una sola cámara representativa del pueblo, o el *Plan or Frame Government* y el *Act Constitutionnel* en lo que respecta a asambleas primarias y nacionales, no dejan dudas acerca de la reciprocidad de influencias que comparten ambos textos.

⁵⁸ La tradición constitucional gala toma distancia de la estadounidense en cuatro líneas: 1) En la fundamentación teórica y racionalista del Derecho; 2) En la noción absoluta e ilimitada de la soberanía; 3) En la revisión (sino supresión) del principio básico de separación de poderes y 4) En la subordinación del Poder Judicial a una de las ramas del Ejecutivo. En otras palabras, la tradición constitucional francesa se caracterizará por ser “más radical, más racional y filosófica, más individualista y más legalista, en el sentido de más positivista” PEREIRA MENAUT (1987), p. 337.

⁵⁹ De igual forma, se suprime la felicidad como fin de la sociedad y es reemplazado el sistema de sufragio universal por uno de naturaleza censitaria que instaura un legislativo bicameral (compuesto por el Consejo de Ancianos y el Consejo de los Quinientos). Por último, la labor ejecutiva es radicada en un directorio de cinco miembros.

⁶⁰ En referencia a la Constitución del año VIII (1799) y su posterior implementación neopresidencialista en diversos regímenes dictatoriales (incluidos latinoamericanos), véase LOEWENSTEIN (1968), pp. 82-88 y PECES-BARBA MARTÍNEZ (2001), pp. 378-379.

Solo a partir de 1848 la tradición francesa retomará los postulados que nutren la experiencia revolucionaria de 1789 (en particular la Constitución Jacobina de 1793), reconociendo explícitamente la defensa de los derechos sociales⁶¹.

4) *La tradición alemana posterior a la guerra*

Si Europa estaba exhausta al concluir la Segunda Guerra Mundial, más lo estaba Alemania. En efecto, la posguerra le significó no solo su división política y administrativa, sino que la reconstrucción material, social y moral de su pueblo.

En ese contexto, el constitucionalismo alemán inicia un proceso de revisión que hará confluír las reglas del positivismo puro con el iusnaturalismo de los clásicos. Para ello, fue necesaria una revisión del régimen político representativo y del sistema de controles bajo el cual el *Führer* había alcanzado legalmente el poder. Asimismo, también era necesaria una relectura de los derechos fundamentales. Lo que estaba en juego eran las bases político-jurídicas más esenciales.

En otras palabras, se debe añadir que el desafío más importante de la tradición constitucional alemana de posguerra fue dirimir

“si los derechos fundamentales –o, mejor, los derechos del hombre– son traídos consigo por el hombre con su nacimiento a la sociedad estatal, siendo pues inviolables e inalienables dado su carácter natural, o si por el contrario son otorgados por la sociedad estatal en virtud del orden de la comunidad, pudiendo ser, por lo tanto, limitados y determinados en su ámbito de aplicación”⁶².

La nueva Ley Fundamental no podía disociar la realidad del plano axiológico. Por esa razón el principio *autoritas, non veritas facit legem* debía mutar a objeto de que la verdad, y no el poder, fueran el fundamento de la ley. De esta manera reconoce como suyas la supremacía constitucional, la inviolabilidad de los derechos, la dignidad de la persona y el derecho a resistencia⁶³.

Sin embargo, aun cuando la influencia del positivismo decrece, muchas de sus premisas siguen vigentes. Así, la Ley de Bonn es una norma fundamental que deriva de un sistema fuentes formales de reglas, principios y valores.

⁶¹ CONSTITUTION DE 1848, II RÉPUBLIQUE, 4 noviembre, www.conseil-constitutionnel.fr.

⁶² LOWENSTEIN (1968), p. 193.

⁶³ Las constituciones de la posguerra incorporan cláusulas que proclaman su obligatoriedad respecto de todos los poderes públicos y los particulares y consideran nociones ajenas a la tradición positivista como inviolabilidad de los derechos y dignidad de la persona. Respecto de la vinculación directa de los órganos públicos, sirven de ejemplos el artículo 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, y 9.1 y 53.1 de la Constitución española de 1978. MARTÍNEZ ESTAY (1998), p. 123.

Sobre la base de este *sistema de fuentes*, la doctrina permea el contenido *sustancial* de la Constitución a toda la realidad. Pues bien, siguiendo una concepción normativa, la jurisprudencia alemana reconoce el doble carácter de los derechos fundamentales⁶⁴.

A partir de entonces, la Norma Fundamental representa un orden axiológico que supone la existencia de derechos subjetivos, esto es, derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Dichos derechos “rigen todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, incluida la interpretación del Derecho Privado”. Sin embargo, su eficacia será indirecta y mediata, pues supone la intervención de un juez ordinario. En consecuencia:

“los derechos fundamentales ya no son considerados como derechos públicos subjetivos de libertad que protegen una esfera individual determinada, sino que pasan a adquirir una dimensión objetiva valorativa que informa todo el ordenamiento jurídico”⁶⁵.

Con todo, la aplicación de los derechos progresivamente evoluciona hacia una eficacia inmediata y directa lo que da “origen a derechos subjetivos de carácter privado”⁶⁶.

Si la Constitución es el reflejo de la realidad y la norma fundamental un mandato objetivo, los derechos fundamentales son “indicaciones para intervenciones” en el conjunto del ordenamiento jurídico: como “norma de principios”, como “decisión valorativa vinculante”, o como “decisión fundamental válida para todas las esferas del derecho”⁶⁷.

Este razonamiento plantea un problema respecto de la aplicación de los derechos sociales. Si la regla general era que los derechos subjetivos pudiesen ser exigidos de manera directa e inmediata por sus titulares, tratándose de los derechos sociales la regla no es aplicable de manera extensiva. Así, la eficacia de un derecho depende de su contenido, esto es, si es un derecho

⁶⁴ “La función primordial de los Derechos Fundamentales es, sin duda, la de proteger la esfera de libertad del individuo contra las intromisiones del poder público. Ello es consecuencia de la evolución histórica de la idea de los Derechos Fundamentales, como asimismo de los acontecimientos históricos, lo que se ha traducido en la incorporación de los Derechos Fundamentales en las constituciones de los distintos Estados”. *Lüth-Urteil*, de 15 de noviembre de 1958.

⁶⁵ “Así, los derechos fundamentales ya no se quedan en la norma constitucional misma y garantizando a una posición jurídica concreta, sino además se cuelan en todo el sistema jurídico, principalmente a través de los entresijos axiológicos que proclaman las propias normas”. Ferrada Bórquez advierte, con razón, sobre el riesgo que existe al interpretar en términos omnicomprendivos la doctrina del efecto de irradiación, transformando el contenido de derechos fundamentales a un estado vaporoso e impreciso que sobredimensiona su operatividad. Dicho riesgo fomenta el proceso de desconstitucionalización de los derechos. FERRADA BÓRQUEZ (2004), pp. 113-137.

⁶⁶ MARTÍNEZ ESTAY (1998), p. 77.

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 76.

clásico, si es un derecho social con contenido clásico, o si se trata de un derecho social de prestación⁶⁸.

5) La irrupción de los derechos sociales como tradición constitucional

Los derechos sociales irrumpen en la tradición constitucional para cuestionar la legitimidad del planteamiento liberal individualista. No solo se necesita la protección de los derechos y libertades individuales, sino que se debe garantizar un mayor grado de justicia material.

Este planteamiento tiene como imperativo el deber de asistencia y rechaza el formalismo jurídico. Así, los derechos sociales postulan el interés individual desde una perspectiva colectivista: “de cada cual de acuerdo a sus capacidades, a cada cual de acuerdo a sus necesidades”⁶⁹.

La tradición constitucional francesa de 1848 dispone de un modelo de Constitución dirigente. Ya no bastan los límites y derechos de libertad, también es necesario un conjunto de deberes que determinan el accionar del Estado en cuestiones sociales. Así, prescribe un régimen de prestaciones destinado a proteger “a las personas, sus familias, su religión, su propiedad, su trabajo y su instrucción”. En este contexto, el artículo 13 garantiza, entre otras, la libertad de trabajo e industria, y el derecho a una enseñanza primaria gratuita y al desarrollo de una educación profesional.

Tomando como referencia la Constitución francesa, en 1917 es promulgada la constitución del estado de Querétaro⁷⁰, en México y, en 1919, la alemana de Weimar.

La Constitución de Querétaro considera un conjunto de prestaciones en materia educacional⁷¹, laboral⁷², de salud pública⁷³ y en otras relativas a la propiedad de las tierras, aguas y bienes del subsuelo⁷⁴. Por su parte, la de

⁶⁸ Al efecto es necesario distinguir: 1) Si los derechos son clásicos, ellos pueden ser perfectamente exigibles ante un juez de manera directa e inmediata siempre y cuando no exista configuración legal. 2) Si los derechos son sociales con contenido clásico, ellos son exigibles de manera indirecta y mediata siempre y cuando no exista configuración legal. 3) Si los derechos son sociales de prestación, no es posible realizar una aplicación horizontal de los mismos ya que, para ello, la autoridad debe intervenir de manera activa y pasiva. Por tanto, su aplicación es ineficaz. MARTÍNEZ ESTAY (1998), pp. 82-86.

⁶⁹ ATRIA (2004), p. 2.

⁷⁰ La Constitución mexicana de Querétaro es producto del conflicto revolucionario que se plantea entre los caudillos de Carranza, su artífice, y los de Villa y Zapata. HERNÁNDEZ CHÁVEZ, y KUNTZ FICKER (2012).

⁷¹ Artículo 3° de la Constitución mexicana de Querétaro.

⁷² Artículo 123 de la Constitución mexicana de Querétaro.

⁷³ Artículo 73 de la Constitución mexicana de Querétaro.

⁷⁴ Artículo 27 de la Constitución mexicana de Querétaro.

Weimar contiene una sección especial relativa a la vida social que, junto con dejar en manos del Estado la propiedad de servicios considerados básicos (como ferrocarriles, teléfonos, telégrafos y buques mercantes), prescribe el derecho a prestaciones compensatorias de familias numerosas, la protección de la maternidad⁷⁵, la protección de la juventud contra la explotación y el abandono moral, espiritual y físico⁷⁶ y el derecho a la educación⁷⁷.

En esa misma dirección viajarán las constituciones de Chile en 1925, de España en 1931⁷⁸, y de Irlanda en 1937⁷⁹.

A partir de la segunda mitad del siglo xx, el lenguaje de los derechos sociales se hace extensivo a muchas otras Constituciones, así como a diversos tratados de Derecho Internacional.

II. PROBLEMAS QUE PLANTEA EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN

Teniendo presente las características que presenta esta categoría de derechos, existe una larga discusión sobre su naturaleza, alcance y contenido que cuestionan el carácter propiamente jurídico.

La controversia se sitúa en la estructura fragmentaria y heterogénea de la norma, la supuesta pretensión de universalidad, el principio de aplicación

⁷⁵ Artículo 119 de la Constitución alemana de Weimar.

⁷⁶ Artículo 122 de la Constitución alemana de Weimar.

⁷⁷ Artículo 120 de la Constitución de Weimar. Por su parte, la sección iv establece la organización del sistema público de enseñanza y algunas reglas sobre la formación del personal docente, el régimen de inspección, el plan orgánico de enseñanza, el régimen privado de educación y la libertad religiosa dentro del plan de instrucción.

⁷⁸ La Constitución española de 1931 define el Estado social y democrático como "República democrática de trabajadores" (artículo 1), reconociendo una serie de derechos sociales en materia de trabajo, seguridad social, educación y salud. En concreto, el capítulo II del título III establece el deber de protección del Estado a la familia y a la igualdad de sexos, el deber de los padres de alimentar, asistir e instruir a los hijos, la igualdad entre los hijos concebidos fuera y dentro del matrimonio, el deber de asistencia de los enfermos y ancianos y la protección de la maternidad, la infancia y el trabajo de los hombres, mujeres y jóvenes. Asimismo, especifica las materias sociales que serán objeto de regulación, como casos de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte, entre otros (arts. 43-50). Por último, subordinaba la riqueza a los intereses de la economía nacional, los servicios públicos al interés común, y la propiedad a la utilidad social.

⁷⁹ La Constitución de Irlanda de 1937 prescribe el deber del Estado de promover el bienestar de todo el pueblo (artículo 45.1). Sin embargo, en materia de derechos sociales el texto sólo reconoce el derecho a la educación y la libertad de elección entre un sistema educativo público y uno privado (artículo 42); garantizando la gratuidad de la enseñanza primaria y el rol subsidiario del Estado en caso de carencia de los padres y ausencia de la iniciativa privada. Sólo por vía judicial se han reconocido los derechos a huelga, a la subsistencia vital (o derecho a ganarse la vida), y el derecho a la protección de la salud. MARTÍNEZ ESTAY (1998), p. 37.

de la reserva de lo posible, la naturaleza *prima facie* y su carácter relativo. Asimismo, la doctrina discute el grado de eficacia de la política pública que busca la implementación del derecho social, la supuesta naturaleza participativa que tendría cada derecho social en el conjunto de los derechos políticos, la relación triádica como modelo justificativo de la norma en cuanto tal, y su naturaleza no justiciable.

1) Estructura fragmentaria y heterogénea

En la antigüedad hay noticias sobre “diferentes mecanismos institucionales destinados a paliar situaciones extendidas de pobreza y asistir a los colectivos más necesitados”. En efecto, desde épocas antiguas se ha dispuesto de mecanismo legales tendientes a lograr una mejor distribución de la riqueza o de garantizar el acceso a diversos servicios, como eran las leyes sobre baños públicos y las de participación política en la Grecia antigua, las leyes agrarias en la Roma republicana, y las *leyes de pobres* dispuestas para la *reeducción del trabajo* en la Inglaterra industrial.

El proceso histórico por el que se van reconociendo estas necesidades no es uniforme ni obedece únicamente al logro de una sociedad más igualitaria, sino que responde a motivaciones e intereses de contenido heterogéneo. De manera que los derechos sociales de prestación nunca representaron una categoría normativa homogénea, general y abstracta. En definitiva, lo que se esconde detrás de la esfera de un derecho social es un conjunto multiforme de preferencias, intereses, demandas y necesidades⁸⁰.

2) Dudosa pretensión de universalidad

Muchas de las respuestas a las objeciones que se realizan sobre los derechos sociales se ubican en el plano ideológico antes que en el jurídico. Desde este prisma basta con recurrir al concepto neorrepblicano de libertad según la cual los derechos sociales son “derechos universales” dispuestos para la defensa de los más débiles, de las grandes mayorías de desposeídos e indigentes dentro de

⁸⁰ En este sentido, tomamos nota de las siguientes nociones sobre el derecho a la educación: educación como instrumento de socialización, educación como instrumento de dominación política, educación ‘para la consolidación democrática’, educación como instrumento contra el racismo y la xenofobia, educación para la reproducción de estereotipos de carácter racial, religioso, de género, cultural o económica, educación como medida para lograr la igualdad de género, educación para la paz y la resolución pacífica de conflictos, educación para el medio ambiente, educación para la participación, educación para la salud, educación para la prevención del VIH/SIDA, educación para la formación sexual e incluso para la planificación familiar, educación para la prevención de la tortura, educación contra la prostitución y trata de blancas. En fin, educación para un sinnúmero de finalidades cuya consecución no concluye en un todo o nada sino en un óptimo de lo deseable o posible.

una comunidad política. Se trataría de *derechos sustantivos*, no formales, por cuyo intermedio se haría posible la liberación del pueblo o la nación oprimida.

Bajo esta mirada es posible afirmar que los derechos dependen de condiciones materiales, concretas y específicas. Los derechos sociales no son derechos absolutos sino metas, directrices o programas de acción. Bajo esta perspectiva, los derechos sociales nunca serán universales por estar supeditados a factores y condicionantes externas.

Sin embargo, la ausencia de universalidad no solo tiene que ver con los condicionamientos externos sino, también, con la posición relativa que ocupa el titular en la relación jurídica. En concreto, para que haya derecho, esto es, una facultad de exigir, debe existir un deber y una obligación correlativa. En tal sentido, un derecho social en cuanto derecho de prestación no es más que una pretensión moral o una expectativa de su titular, la mayor de las veces inexigible, irrealizable y no justiciable.

3) *La reserva de lo posible como condición de exigibilidad*

Muchos de los derechos sociales son derechos de prestación. En efecto, dichos derechos inevitablemente se encuentran ligados a la actividad del Estado y dependen de él

“por los que su contenido constitucional no los dota de mayor eficacia jurídica que la que pudiera derivarse de su consideración como garantías institucionales”.

De manera que los derechos sociales tienen un alcance limitado por el grado de dependencia que existe entre su concreción y los medios que posee Estado: si los recursos son escasos y las necesidades ilimitadas no todos los derechos sociales pueden ser satisfechos, consideración que tiene perjudiciales consecuencias en el plano político.

4) *Régimen de aplicación prima facie*

Una regla de Derecho es aquella que permite, exige o prohíbe algo en términos definitivos (por ejemplo, nadie puede ser torturado). Este atributo de finitud que posee un derecho confiere certeza a sus titulares para ser cumplido por un juez en términos absolutos.

La estructura de los derechos sociales no responde a posiciones jurídicas definitivas sino a normas o criterios de optimización que exigen la realización de algo de acuerdo con las condicionantes fácticas y normativas. De ahí su estructura *prima facie*.

Los derechos sociales son en este sentido mandatos de optimización que ordenan el cumplimiento de tareas o programas, la regulación de procedimientos y organizaciones, o el resguardo de realidades institucionales

entendidas como esenciales, todos los cuales difícilmente pueden ser objeto de un control jurídico definitivo. Su cumplimiento está circunscrito al cumplimiento de un estándar, una meta, o un procedimiento, sujeto a la medida de lo posible.

5) *Naturaleza relativa*

La estructura de los derechos clásicos se construye sobre la base de obligaciones de no hacer, de no obstaculizar, de no interferir. Los derechos y libertades se refieren a ámbitos en los que al Estado le está vedada cualquier posibilidad de injerencia. A diferencia de lo anterior, los derechos sociales son manifestaciones de la libertad positiva que descansan en la posibilidad de accionar e intervenir del Estado a condición de que se cumplan ciertas condiciones materiales y económicas que satisfagan el derecho social.

Se ha sostenido que el lenguaje de los derechos es un *continuum*

“en el que el lugar de cada derecho está determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas y negativas que los caracterizan”.

De esta forma, tanto los derechos clásicos como los derechos sociales compartirían aspectos positivos y negativos.

En suma, los derechos sociales expresarían libertades negativas como las de no interferir en el derecho a huelga, ni en el de sindicación o en la libertad para impartir enseñanza y educación.

El argumento no hace más que demostrar lo contrario. En efecto, no hay duda que los derechos constitucionales tienen una dimensión social y política, pero de ello no se colige que dependan de esa dimensión. Los derechos y libertades clásicos son derechos autónomos, absolutos, preexistentes al Estado, cuya justificación se deduce de la naturaleza de las cosas (y no de la prudencia política).

6) *Dudosa naturaleza participativa*

Para algunos, los derechos sociales harían posible la facultad de “expresarse en la esfera pública y participar en la esfera política”. En este sentido, los derechos sociales formarían parte del *Status Activus Procesalis* con énfasis en los procedimientos que permiten la democratización de la democracia⁸¹.

⁸¹ Los procedimientos participativos parecen determinantes no solo para el control que ejerce el ciudadano respecto de la implementación de una política social, sino para su legitimación desde el momento en que se relaciona con las libertades políticas de expresión, de libre manifestación de las ideas, de libertad de prensa, de libertad de asociación, y de los derechos de petición y voto.

Los *derechos de participación* ocupan una posición preponderante dentro del núcleo básico de los derechos y libertades. Se trata de garantías negativas que permiten el control del poder e inciden en el diseño y ejecución de la política pública y permiten una mejor evaluación y monitoreo de parte de la comunidad. Sus manifestaciones van desde los mecanismos semidirectos de control hasta métodos de autotutela que ejercen grupos para participar en el proceso de toma de decisión político.

Sin embargo, los derechos políticos de participación ciudadana no son iguales a los derechos sociales, ya que los primeros son una manifestación del libre juego de la sociedad civil en tanto que los segundos dependen del Estado. Por tanto, mientras las libertades políticas adquieren cuerpo en forma autónoma, los derechos sociales carecen de esa independencia y están ligados a la potestad configuradora del Estado.

7) Grado de eficacia de la política pública de la que depende el derecho social

En ciertas oportunidades, ha quedado demostrada la ineficacia de una política social o económica que guía el derecho social en vez de favorecer o beneficiar a grupos excluidos o discriminados.

En términos comparativos también es posible probar lo anterior. Así, por ejemplo, si se toma como referencia el grado de cobertura a la educación entre distintos sistemas jurídicos es posible concluir que: el hecho de que una Constitución reconozca el derecho a la educación en términos de gratuidad y libre acceso, no es garantía de la cobertura, acceso y calidad del servicio educacional.

Desde esta perspectiva, se observan países que reconocen el derecho a la educación y aseguran la gratuidad de la enseñanza a través de un vigoroso sistema público; hay otros que lo reconocen y prevén un sistema de financiamiento mixto, público-privado; y también hay países que no consagran el derecho a la educación en la Constitución. Asimismo, los estudios revelan que las coberturas totales a enseñanza superior no necesariamente se relacionan con el financiamiento público por estudiante, sino que es una combinación de tres factores: el aporte familiar, el aporte público y el diseño de la política educativa.

8) Las incongruencias de la relación triádica

Las libertades clásicas generan un tipo de relación jurídica muy sencillo “donde los individuos saben perfectamente en qué consisten sus derechos y deberes recíprocos”, en tanto que esto no es así para los derechos sociales. En efecto, para estos últimos es preciso un verdadero entramado de normas de organización muchas veces

“carentes de exigibilidad, que a su vez genera una multiplicidad de obligaciones jurídicas de distintos sujetos, cuyo cumplimiento conjunto es necesario para la plena satisfacción del derecho”.

Como una forma de explicar y justificar la complejidad de los derechos sociales algunos han descrito su naturaleza a partir de un razonamiento jurídico sustentado en una relación de tres términos.

La relación triádica ha servido para explicar y describir los derechos según las distintas posiciones jurídicas que adopte el titular del derecho (a) y el destinatario de la obligación (b). De esta forma, si se agrupan las distintas posiciones en función de los derechos y deberes es posible deducir relaciones de contenido positivo o negativo según sea el caso. Así, en términos correlativos, frente al titular del derecho (a), el individuo, siempre existirá un deber del obligado (b), el Estado, y, en términos no correlativos, la relación jurídica puede traducirse en un no derecho o en un no deber (privilegio o inmunidad).

Si aplicamos la relación de tres términos al ámbito de los derechos sociales, un individuo o grupo de individuos (a) sería titular de un derecho oponible al Estado (b) para exigir un acto normativo, un acto fáctico, o un acto prestacional. De igual forma, desde el prisma del deudor (b), el Estado, existiría una posición jurídica intersubjetiva que surge de la imposición de las tareas políticas dispuestas por la norma. Esto se traduce en el deber del Estado (b), de concretar un programa de acción política (Pp).

La pretensión de describir la realidad jurídica bajo esta ficción presenta inconvenientes:

- (1) La relación triádica es insuficiente para explicar la realidad de los derechos y libertades. En efecto, las relaciones jurídicas no solo se presentan en términos de derechos y deberes correlativos o no-correlativos por cuanto lo hacen a través de un haz mucho más complejo que el régimen propuesto, como ocurre con el deber de cuidado que tenemos con los animales y el ambiente.
- (2) Aun cuando podamos describir el mundo de las cosas objetivas, el mundo de las experiencias subjetivas y el mundo de los enunciados a través de un esquema relacional, ello no implica que cada una de estas dimensiones pueda reducirse en una relación jurídica. Desde este prisma, nos parece inconducente convertir lo político en jurídico o lo jurídico en político.
- (3) Esta dimensión incorpora el concepto de ‘competencia’ como elemento constitutivo de la teoría de los derechos y libertades. En efecto, para que exista un derecho social es necesaria una norma de competencia que atribuya, autorice o delegue en el poder legislativo (o en la administración) la potestad para actuar normativamente en el campo específico de ese derecho social. Esta mirada desnaturaliza la autonomía de los derechos.

- (4) Porque esta ficción en nada resuelve el problema de la eficacia de los derechos sociales y deja abierto, en términos *prima facie* la consecución de los derechos sociales.

9) *Carácter no justiciable de los derechos sociales*

Para muchos, los derechos sociales serían mandatos dirigidos al legislador para el desarrollo de programas de acción o para la regulación de procedimientos e instituciones. Por esta razón, parte de la doctrina sostiene que corresponde al juez asumir los casos de omisión o incumplimiento de la labor legislativa. De esta forma, muchos derechos sociales serían deberes cuyo incumplimiento traería aparejada la tutela judicial, siempre y cuando estén debidamente configurados en el ámbito legal.

En efecto, para esta doctrina los derechos sociales serían normas exigibles ante un juez cuando el legislador no cumple o cumple de modo insatisfactorio con su deber “de emanar normas destinadas a actuar las imposiciones constitucionales permanentes y concretas”. En este orden de ideas, tanto el principio de supremacía constitucional como la naturaleza normativa de la Constitución supondrían la eficacia directa e inmediata de los derechos.

Una postura como la descrita involucraría al juez constitucional en materias evidentemente políticas. En efecto,

“si se pudiera enjuiciar la adecuación entre ley y el fin constitucionalmente prescrito (...) el Tribunal Constitucional estaría suplantando al legislador en su función estrictamente política de elegir los medios conducentes a un fin”

por lo que resulta muy discutible este tipo control.

BIBLIOGRAFÍA

- ATRIA, Fernando (2004): “¿Existen Derechos Sociales?”, en *Discusiones*. Disponible en www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/existen-derechos-sociales-0/
- COTTERET, Jean-Marie (1962): *Le Pouvoir Législatif en France* (Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias).
- CRUNDEN, Robert M. (1995): *Introducción a la historia de la cultura norteamericana* (Bogotá, Ancora).
- DIPPEL, Horst (2005): “Constitucionalismo Moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita”, en *Historia Constitucional*, N° 6: pp. 181-199.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, “Los derechos fundamentales y el Control Constitucional”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. xvii: pp. 113-137.
- FIORAVANTI, Mauricio (2007): *Constitución. De la antigüedad a nuestros días* (Madrid, Trotta).

- HERNÁNDEZ CHÁVEZ, Alicia (dir.) y Sandra KUNTZ FICKER (coord.) (2012); *México. La apertura al mundo* (Madrid, Taurus (Fundación Mapfre-Santillana Ediciones Generales) Tomo III: pp. 80-90.
- KRIELE, Martin (1989): *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático* (Buenos Aires, Depalma).
- LOEWENSTEIN, Karl (1968): *Teoría de la Constitución*.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (1998): "Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25 N° 3: pp. 721-724.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (2001): *Historia de los Derechos Fundamentales: El Derecho positivo y los derechos humanos* (Madrid, Dykinson) Tomo II Vol. III.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos (1987): *Lecciones de Teoría Constitucional* (Segunda Edición, Madrid, Editorial de Derecho Reunidas SA).
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos (1992): *El ejemplo constitucional de Inglaterra* (Madrid, Universidad Complutense).
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos (2012): *El constitucionalismo de los Estados Unidos. La magna carta norteamericana vista desde la española* (Santiago de Compostela, Andavira).
- PUELLES BENÍTEZ, Manuel (2012): *Política, legislación y educación* (Madrid, UNED).
- RAWLS, John (2009): *Lecciones sobre la historia de la filosofía política* (Barcelona, Paidós).
- ROOSEVELT, Franklin D. (1944): *State of the Union Message to Congress*, Disponible en: www.fdrlibrary.marist.edu/archives/address_text.html.
- SCHMITT, Carl (1982): *Teoría de la Constitución* (Madrid, Alianza Editorial)
- SUNSTEIN Cass R. (2006): *The second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution-And Why We Need It More Than Ever*.
- TOCQUEVILLE, Alexis de (1835): *La democracia en América*.
- TOCQUEVILLE, Alexis de (2006): *El antiguo Régimen y la Revolución* (Duodécima Reimpresión, México D.F, Fondo de Cultura Económica).
- WOLFGANG SARLET, Ingo (2010): "Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo. Algunos problemas y desafíos", en Miguel Ángel PRESNO LINERA, Ingo WOLFGANG SARLET (eds.): *Los Derechos Sociales como Instrumentos de Emancipación* (Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters).