

LOS DERECHOS SOCIALES: LA NUEVA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL Y SUS PROBLEMAS

SOCIAL RIGHTS: THE NEW CONSTITUTIONAL HERITAGE AND ITS ISSUES

*Juan Andrés González Tugas**

Resumen

El artículo resume las distintas tradiciones constitucionales con el objetivo de confrontar sus postulados ante el reconocimiento de nuevos derechos, en especial, la irrupción de los derechos sociales.

De esta forma, el análisis describe las tres tradiciones clásicas que buscan instaurar un sistema eficaz de límites y contrapesos al poder, a saber: la inglesa, la americana y la francesa. Luego, expone la tradición constitucional alemana de la posguerra en lo que concierne al reconocimiento de ciertos valores fundamentales, a fin de evitar las consecuencias del positivismo puro de reglas y los excesos del autoritarismo. El texto continúa con la irrupción de los derechos sociales como nueva tradición constitucional y la experiencia del constitucionalismo multinivel de la Unión Europea.

El trabajo concluye con una serie de problemas que plantea la tradición de los derechos sociales.

Palabras clave: tradición constitucional, derechos sociales, reconocimiento de derechos sociales.

Abstract

The present text summarizes the different constitutional traditions to confront their postulates before the recognition of new rights, especially the irruption of social rights.

* Doctor en Derecho Universidad de los Andes. Texto recibido el 1 de noviembre de 2017 y aceptado para su publicación el 1 de marzo de 2018. Correo electrónico: jagontu@gmail.com

Thus, the analysis describes the three classical traditions that seek to establish an effective system of limits and counterweights to power: the English, the American and the French. Then, the German constitutional tradition is exposed in what concerns the recognition of certain fundamental values to avoid the consequences of pure positivism of the rules and the excesses of authoritarianism. The text continues with the irruption of social rights as a new constitutional tradition and the experience of multilevel constitutionalism in the European Union.

At the end of the work, a series of problems that raise the tradition of social rights are exposed.

Keywords: constitutional traditions, social rights, recognition of social rights.

I. La tradición constitucional

En 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 preocupa.

¹ Sobre el concepto absoluto de Constitución como “la concreta situación de conjunto de la unidad política” de un pueblo Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, pp. 29-30.

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 la tradición occidental. 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 *politeía* que luego son traspasadas a la *civitas* romana.

Los primeros fundamentos de la Tradición Constitucional se desarrollan a propósito del problema político que plantea la cristiandad medieval sobre poder temporal y poder espiritual³.

1.1. LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL INGLESA

“La fase medieval de la historia inglesa es como la prehistoria constitucional del mundo”⁴.

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, sucesos 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 fue la renombrada Carta Magna de 1215, van conformando la tradición constitucional inglesa⁵.

Con el advenimiento de las dinastías Tudor y Estuardo se pretendió instaurar un régimen de monarquía absoluta justificado en reglas de derecho divino.

Frente a los excesos de poder y ante un clima de guerra civil, surge la necesidad de reconocer reglas del Derecho Natural que, junto con garantizar el orden, disponga límites y controles. En ese contexto, se elabora la teoría contractual de Thomas Hobbes para fundamentar el poder absoluto⁶.

Como reacción a las medidas restrictivas adoptadas por Jacobo I y Carlos I en materia de cultos e impuestos, surge el concepto de “monarquía limitada”. Desde entonces, la tarea legislativa no será vista como una

³ “Si el poder espiritual y el poder temporal tienen el mismo origen y el mismo fin, la identificación de ambos está justificada y la separación o distinción es innecesaria. Pero si no hay tal unidad en el origen o en el fin de ambos, la absorción de uno en el otro es injustificable: se verificaría una extralimitación o abuso de poder”. Mariano FAZIO, *Historia de las ideas contemporáneas. Una lectura del proceso de secularización*, p. 22.

⁴ Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, p. 48.

⁵ 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). *Op. cit.*, p. 49.

⁶ FAZIO, *op. cit.*, p. 62, 66. Todo hombre en estado de naturaleza tiene derecho a todas las cosas. Este hecho es la causa de un estado de guerra generalizado entre los hombres. El medio más eficaz para conservar la paz es la renuncia de cada uno a sus propios derechos a favor de un poder absoluto: el Leviatán.

función privativa del Rey, sino como una que le cabe realizar al pueblo representado por los estamentos⁷.

Las pretensiones absolutistas sobreviven a la ejecución de Carlos I y la Constitución republicana de Oliver Cronwell de 1653. Sin embargo, a partir de ese periodo se diferencia entre “poder constituyente” y “poder legislativo constituido”⁸. Igual cosa ocurre entre “ley ordinaria” y “ley constitucional”.

A propósito del concepto de “monarquía limitada”, se acuña en la tradición inglesa el principio de separación de poderes⁹. 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.

Las nociones de “monarquía limitada” y “soberanía conjunta” permiten un orden constitucional equilibrado fundado en el balance de poderes. De estos dos principios surge la Constitución mixta, que radica el Poder Ejecutivo en el Monarca y el Poder Legislativo en el pueblo representado en el Parlamento¹⁰.

En función del debate sobre los orígenes del poder¹¹, 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 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 de manera arbitraria las potestades reales. Al dictaminarse por los tribunales la ilegalidad de estas medidas en función del *Common Law*, el Rey deroga la Constitución. Estas circunstancias originan 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

⁷ Es en ese contexto que 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. Mauricio FIORAVANTI, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, pp. 85, 89.

⁸ “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”.

⁹ PEREIRA, *El ejemplo...*, *op. cit.*, p. 58.

¹⁰ José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*; p. 113.

¹¹ FAZIO, *op. cit.*, p. 53. La teoría política de los siglos XV y XVI se divide en realistas y monarcómacos. Para los primeros, los súbditos deben obedecer pasivamente al Rey como representante de la voluntad divina. Para los segundos, el poder del Rey deriva del pueblo y, en consecuencia, la comunidad puede deponerlo en determinadas circunstancias.

“prerrogativa *regis*”¹², 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 miembros¹³.

En materia de derechos, la declaración reconoce:

“...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”¹⁴.

Por su parte, los principios de “independencia” e “inamovilidad” judicial¹⁵, concebidas como límites al poder, aseguran la aplicabilidad directa de la Constitución¹⁶. En ese orden, la 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. De esta forma, figuran el *impeachment*, los actos de justicia legislativa o el *bill of attainder*.

¹² PEREIRA, *El ejemplo...*, *op. cit.*, p. 180, en alusión a la doctrina de Benjamin Constant: “El poder real... es un poder neutro...”.

¹³ 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.

¹⁴ El derecho a desobedecer, el derecho a la 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. Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Lecciones de teoría constitucional*, p. 450

¹⁵ 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*.

¹⁶ 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” y 3º) “Que la sola proclamación resulta suficiente para la satisfacción de esos derechos”. MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 126.

Lo anterior, asociado al reconocimiento de un gobierno con oposición política¹⁷, 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 universal 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 de Bienestar¹⁸.

1.2. 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 siglo XVII, surge en Inglaterra un “movimiento religioso, político y revolucionario”¹⁹ que se opone a la Iglesia y a la Corona²⁰.

En esa época, gran parte del litoral de la costa este de Norteamérica pertenecía a la Corona. Cada asentamiento colonial poseía un sistema político 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

¹⁷ PEREIRA, *El ejemplo...*, op. cit., pp. 63-64.

¹⁸ 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 Arthur 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. Manuel PUELLES BENÍTEZ, *Política, legislación y educación*, pp. 132-133

¹⁹ Robert M. CRUNDEN, *Introducción a la historia de la cultura norteamericana*, pp. 21-35.

²⁰ 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.

“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”²¹.

Para entender el complejo mapa migratorio hay que diferenciar lo que ocurre en los territorios que se extienden a ambas orillas del río Hudson. Mientras que desde 1607 el sur es poblado por un grupo heterogéneo de inmigrantes que da origen a una poderosa aristocracia industrial y terrateniente de origen esclavista; el norte, conocido como Nueva Inglaterra, es colonizado por comunidades puritanas de *pilgrims*.

Estas comunidades sostienen que existe un “pacto de gracia” entre Dios y el hombre por el que habrían sido escogidas²². Dichas comunidades fundamentan su orden sobre la base del “contrato social, la igualdad, la cooperación, y el Derecho natural”²³. De manera que sus creencias no eran de origen oficial ni de carácter nacional, en contraposición al protestantismo anglicano.

A pesar de esta diversidad, todas las colonias reconocían “el *Common Law* y los principios del *local self-government*”²⁴ como fundamentos plausibles que garantizaban una cierta autonomía del gobierno inglés²⁵.

La guerra contra Francia en 1763 deja Canadá y los territorios ubicados al este del Misissipi en posesión inglesa. Sin embargo, también implica un déficit presupuestario en las arcas del gobierno inglés, el que determina un alza impositiva sobre las colonias²⁶. Frente a los excesos de la autoridad es alegado el principio *no taxation without representation*²⁷. La norma es derogada por el Parlamento, pero en 1767 el hecho se repite²⁸.

En 1774, los representantes de las doce colonias se reúnen en Filadelfia y envían al rey Jorge III un memorial de agravios²⁹. Dado el escaso interés que suscita el nuevo petitorio en Inglaterra, en 1775 es convocado un segundo congreso continental. Finalmente, el 4 de julio de 1776 es declarada la independencia de Estados Unidos de Norteamérica.

Para aquellos ciudadanos no solo era importante establecer límites contra un individuo específico, como ocurre en el “dualismo originario”

²¹ Alexis de TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, p. 59.

²² FAZIO, *op. cit.*, pp. 50-51.

²³ Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *El constitucionalismo de los Estados Unidos. La magna carta norteamericana vista desde la española*, p. 20.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ TOCQUEVILLE, *La democracia...*, *op. cit.*, pp. 53, 58.

²⁶ En esa línea son dictadas la *Sugar Act* y la *Stamp Act*, que gravan el azúcar y los papeles comerciales CRUNDEN, *op. cit.*, pp. 47-48.

²⁷ PEREIRA, *El constitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 21.

²⁸ Bajo ese contexto es promulgada la *Coercive Acts*.

²⁹ *Op. cit.*, p. 21.

de la tradición inglesa, sino disponer salvaguardias efectivas contra el poder ilimitado de la asamblea constituida en el Parlamento³⁰. Por esa razón, la Declaración de Independencia de 1776 reconoce el derecho de los individuos a limitar las prerrogativas de quien quiera detentar el poder de 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...”³¹.

Con el objetivo de alcanzar una mayor integración frente a la guerra de independencia, en 1777 el Congreso promulga los *Articles of Confederation*³².

No obstante que los resultados de la guerra de independencia fueran en beneficio de las colonias, la nueva unión política fracasa debido a la incapacidad del Congreso para imponerse como órgano de gobierno. En efecto, el nuevo gobierno no poseía las facultades necesarias para administrar de manera eficaz los tributos y el comercio, hecho que ya había complicado la defensa de sus intereses en la guerra de independencia³³.

³⁰ 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*, December 30, 1765. Horst DIPPEL, *Constitucionalismos moderno*, p 28.

³¹ Declaración de Independencia de Estados Unidos de América.

³² Los artículos entran en vigor en 1781, con la ratificación del estado de Maryland.

³³ 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 alícuota 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, *El constitucionalismo...*, op, cit, p. 22.

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”³⁴. 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*)³⁵.

Para lograr ese fin, la Constitución dispone, en el ámbito del gobierno federal, de un poder legislativo compuesto por dos entidades: la Cámara de Representantes, que representa a la población en forma proporcional; y el Senado, que representa a los Estados federados. Asimismo, el órgano ejecutivo lo radica en un presidente; y el judicial, en un tribunal supremo con capacidad de control de ambos poderes. Por último, en el ámbito estadual, se reconoce la facultad de ejercer un autogobierno a través de un órgano ejecutivo, un legislativo y un poder judicial, pero siempre limitados por la Constitución.

Llama la atención que el texto nada decía sobre los derechos y libertades. Siguiendo la tradición inglesa, los derechos se entendían implícitos en la Constitución. A este respecto, se sostiene que la redacción de un catálogo de derechos implicaba que estos

“no se tenían por nacimiento sino por concesión del legislador. De igual manera, se afirma que las libertades ya estaban protegidas por las declaraciones de derechos de cada estado”^{36, 37}.

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

³⁴ En referencia al artículo VI de la Constitución de 1787, MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 117.

³⁵ PEREIRA, *El constitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 23.

³⁶ 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 New 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 John Locke “Todo poder se radica en el pueblo” y se “deriva del pueblo”.

³⁷ 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.

En 1861 los Estados federados del sur proclaman 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, a consecuencia del conflicto, es reconocida la primacía del Derecho Federal respecto del estadual. En otras palabras, el principio de supremacía no solo se manifiesta con la primacía de la Constitución sino que, además, con la legislación federal, los “poderes implícitos”³⁸ y las potestades de control del tribunal supremo.

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 esclavitud³⁹, 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).

La aguda crisis que se desata con la debacle financiera de *Wall Street* en 1929 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 de reforma 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 educación⁴⁰.

Aun cuando este conjunto de reformas sociales y económicas pretendió el reconocimiento de los derechos sociales en la Constitución estadounidense, la iniciativa no prosperó⁴¹.

³⁸ Esta doctrina está contenida en las sentencias *McCulloch v. Maryland* de 1819 y *Gibbons v. Ogden* en 1824, ambas de la Suprema Corte. MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 117-118.

³⁹ Enmienda XIII

⁴⁰ Franklin D. ROOSEVELT, *State of the Union Message to Congress*; Ingo WOLFGANG SARLET, “Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo. Algunos problemas y desafíos”.

⁴¹ 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

1.3. LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL FRANCESA

Teniendo como antecedente las experiencias de las revoluciones en Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica, la tradición constitucional francesa postula 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 de solución: someter la voluntad del pueblo a la potestad del Monarca y alcanzar la paz mediante el terror⁴²; 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 Monarca⁴³. Bajo este complejo escenario se acuña la teoría de la soberanía absoluta propuesta por Jean Bodin⁴⁴, que sirve como antecedente a la doctrina de la “voluntad general” ideada por Jean-Jacques Rousseau.

El desenlace del conflicto entre la monarquía y las fuerzas revolucionarias es más o menos conocido: la caída del “Antiguo Régimen”⁴⁵ y la autoproclamación de la Asamblea Nacional Constituyente en 1789. Asimismo, en agosto de ese año se publica la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, símbolo que representa en plenitud el ideario de la tradición francesa. Dos años más tarde, se aprueba la primera Constitución en cuyo preámbulo se reconoce 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

especie de compromiso constitucional o *constitutional commitment*. Cass R. SUNSTEIN, *The second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution-And Why We Need It More Than Ever*.

⁴² Mariano FAZIO, *Historia de las ideas contemporáneas. Una lectura del proceso de secularización*, pp. 59-60.

⁴³ Martin KRIELE, *Introducción a la Teoría del Estado*, p. 55.

⁴⁴ Jean BODIN, *Les six livres de la République*. Para este autor, la soberanía es un poder perpetuo, no limitado en el tiempo, inalienable, e imprescriptible, que considera como prerrogativas las facultades de dictar leyes sin consentimiento alguno, declarar la guerra, instituir funcionarios, juzgar de manera inapelable, conceder gracias, acuñar monedas e imponer tributos. Sin embargo, el planteamiento admite ciertas restricciones: la ley divina y la ley natural, las antiguas leyes constitucionales y consuetudinarias del reino, y la inviolabilidad de la propiedad privada. FAZIO, *op cit.*, p. 58.

⁴⁵ Alexis de TOCQUEVILLE, *El antiguo Régimen y la Revolución*.

indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos”.

La Constitución de 1791 dispone la separación de poderes sobre la base de un poder ejecutivo radicado en el Monarca, 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”⁴⁶.

Según los postulados de la Constitución de 1791, cualquier limitación a la soberanía representa 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; la “soberanía” es el Estado⁴⁷.

Aun cuando la nueva Constitución no hace suyas las consideraciones absolutistas de Thomas Hobbes⁴⁸, el poder que encarna la “voluntad general” es, con mucho, superior al que existía en el Antiguo Régimen⁴⁹.

El conflicto teórico que se presenta en la primera etapa de la revolución en torno al concepto de soberanía cambia entre los años 1792 y 1794⁵⁰. En

⁴⁶ Cita del barón de Montesquieu. DIPPEL, *op. cit.*, p. 17

⁴⁷ Jean-Marie COTTERET, *Le Pouvoir Législatif en France*, p. 16.

⁴⁸ 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 a consideraciones de derecho natural. De manera que solo el Rey podía dictar una constitución.

⁴⁹ “La primera y más importante consecuencia... es que sólo 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”. Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*. Asimismo, ténganse presente la serie de atributos que expone John Rawls sobre la noción de “voluntad general”, resumiendo el pensamiento de Jean-Jacques Rousseau en John RAWLS, *Lecciones sobre la historia y la filosofía política*, pp. 284-285.

⁵⁰ “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

efecto, a la moderación y el respeto de los primeros años de la revolución le suceden el abuso, la desconfianza y la arbitrariedad. De esta forma, son promulgadas una serie de leyes mediante las cuales el clero y la jerarquía deben jurar fidelidad a la Constitución en calidad de empleados del Estado. Frente a la rebeldía de la Iglesia Católica, se decretan medidas más drásticas, como la pérdida de la ciudadanía de los sacerdotes, la jubilación del servicio regular o la expulsión del país⁵¹. El 11 de agosto de 1792, la Asamblea Nacional autoriza a los consejos municipales a 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 algunos 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 sacros e inalienables, a fin de que todos los ciudadanos puedan cotejar cada uno de los actos de gobierno con todas las instituciones sociales...”⁵².

“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”⁵³.

La declaración de derechos de 1793 reconoce el derecho de propiedad y libertad de industria⁵⁴, el derecho de sufragio universal masculino⁵⁵, el derecho contra la opresión⁵⁶ y los primeros derechos sociales, como el derecho al trabajo⁵⁷, el deber sagrado a la asistencia pública⁵⁸ y el derecho a la educación⁵⁹.

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 irremediablemente hacia una lucha sangrienta.” KRIELE, *op. cit.*, p. 386.

⁵¹ *Op. cit.*, pp. 388-389.

⁵² CONSTITUCIÓN de 24 de junio de 1793, Preámbulo.

⁵³ *Op. cit.*, artículo 23°.

⁵⁴ *Op. cit.*, artículos 8° y 16.

⁵⁵ *Op. cit.*, artículo 29.

⁵⁶ *Op. cit.*, artículo 9°.

⁵⁷ *Op. cit.*, artículo 18.

⁵⁸ *Op. cit.*, artículo 21.

⁵⁹ *Op. cit.*, artículo 22. “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”.

En septiembre de 1793, la Asamblea se arroga la facultad de nombrar a sus ministros⁶⁰. 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”⁶¹ de la Asamblea. Nadie ni nada podría detener o limitar los abusos del régimen revolucionario⁶².

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 privado⁶³, toma 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 estadounidense⁶⁴, la tradición fran-

⁶⁰ 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.

⁶¹ Respecto a la ficción del gobierno representativo, COTTERET, *op. cit.*, pp. 16-19.

⁶² KRIELE, *op. cit.*, 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.

⁶³ 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 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 *House 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 Constitutionel* en lo que respecta a asambleas primarias y nacionales, no dejan dudas acerca de la reciprocidad de influencias que comparten ambos textos.

⁶⁴ 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

cesa 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 proclamados dos textos constitucionales con un claro sesgo absolutista, a saber: los 1795 y 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 social⁶⁵. 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 presidente⁶⁶.

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 sociales⁶⁷.

La tradición francesa define los derechos a partir de la supremacía de la función legislativa. De manera que un derecho es aquella facultad legítima que tienen los individuos para obtener de la comunidad una intervención necesaria que garantice la libertad. Es decir, la libertad se traduce en el poder del individuo para exigir la intervención del legislador.

A propósito de la eficacia de los derechos sociales, la jurisprudencia francesa distingue entre derechos que se bastan a sí mismos (y son directamente aplicables) y derechos que requieren la intervención expresa del legislador.

“más radical, más racional y filosófica, más individualista y más legalista, en el sentido de más positivista”. PEREIRA, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 337.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ En referencia a la CONSTITUCIÓN del año VIII (1799) y su posterior implementación neopresidencialista en diversos regímenes dictatoriales (incluidos latinoamericanos), véase Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, pp. 82-88 y Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Historia de los Derechos Fundamentales*, pp. 378-379.

⁶⁷ CONSTITUTION of 1848, II République.

Para que un derecho sea reconocido en cuanto tal es indispensable que el legislador defina con antelación las prerrogativas que corresponden a los individuos y las obligaciones correlativas que se derivan del Estado⁶⁸. Por estas consideraciones, se sostiene que el juez carece de las competencias necesarias y suficientes para aplicar directamente los derechos sociales que consagra la Constitución⁶⁹.

1.4. LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL ALEMANA DE POSGUERRA

Si Europa estaba exhausta al concluir la Segunda Guerra Mundial, más lo estaba Alemania. En efecto, la posguerra le significaría 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 hace confluir las reglas del positivismo puro con el iusnaturalismo de los clásicos. Para ello, revisa el régimen representativo y el sistema de controles bajo el cual el *Führer* había alcanzado legalmente el poder. Asimismo, analiza la doctrina de los “derechos fundamentales”.

De esta forma, la tradición de posguerra dirime

“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”⁷⁰.

La nueva ley fundamental no podía disociar la realidad del plano axiológico. Por esa razón, el principio *autoritas, non veritas facit legem* debía mutar: la verdad debía ser el fundamento de la ley. De esta manera, se reconocen la supremacía constitucional, la inviolabilidad de los derechos, la dignidad de la persona y el “derecho a resistencia”⁷¹.

⁶⁸ Lawrence GAY, “La notion de ‘droits-créances’ a l’épreuve du controle de constitutionnalité”.

⁶⁹ En referencia a cita de Rodolfo Clavero y Vigo, véase José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, p. 119

⁷⁰ LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 193.

⁷¹ 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 la inviolabilidad de los derechos y dignidad de la persona. Respecto de la vinculación directa de los órganos públicos, sirven de ejemplos

Sin embargo, aun cuando la influencia del positivismo decreciera, muchas de sus premisas seguirían vigentes. Así, la Ley de Bonn, o Norma Fundamental, responde a un “sistema de fuentes formales” conformado por reglas, principios y valores. Sobre la base de este “sistema”, la doctrina permea el contenido *sustancial* de la Constitución a toda la realidad.

Siguiendo esta concepción normativa, la jurisprudencia reconoce el “doble carácter” de los derechos fundamentales⁷². 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”⁷³.

Esta interpretación que realiza la jurisprudencia alemana sobre la aplicación de los derechos constitucionales evoluciona hacia la eficacia inmediata y directa de los mismos. Por esta vía el juez reconoce “derechos subjetivos de carácter privado”⁷⁴.

Si la Constitución es el reflejo de la realidad y la norma fundamental un mandato objetivo, los derechos fundamentales son:

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, *op cit.*, p. 123

⁷² “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 éstos en las constituciones de los distintos Estados”. *Lüth-Urteil*, 15. November 1958.

⁷³ “Así, los derechos fundamentales ya no se quedan en la norma constitucional misma y garantizando a una posición jurídica concreta, sino que, además, se cuegan en todo el sistema jurídico, principalmente a través de los entresijos axiológicos que proclaman las propias normas”. Juan Carlos 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. Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ, “Los derechos fundamentales y el Control Constitucional”, pp. 113-137.

⁷⁴ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 77.

“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”⁷⁵.

Este razonamiento plantea un problema respecto de la aplicación de los derechos sociales. En efecto, mientras un derecho clásico podía ser exigido de manera directa e inmediata, un derecho social de prestación no. Así, la eficacia de un derecho depende de su contenido, esto es, si es un derecho clásico, si es un derecho social con contenido clásico, o si se trata de un derecho social de prestación⁷⁶.

1.5. LA IRRUPCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO TRADICIÓN CONSTITUCIONAL

Los derechos sociales irrumpen en la tradición constitucional para cuestionar la legitimidad del individualismo liberal. De esta forma, se afirma que no solo es necesario el reconocimiento de los derechos y libertades individuales sino que, además, se debe garantizar un mayor grado de justicia material.

Este planteamiento doctrinal tiene dos fundamentos: el deber de asistencia como imperativo del accionar del Estado y la crítica al 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”⁷⁷.

En este contexto la Constitución francesa de 1848 dispone un modelo dirigente. Ya no bastan los límites y derechos de libertad, también es necesario prescribir un conjunto de deberes que determinen el accionar del Estado en cuestiones sociales. Así, dispone un régimen de prestaciones destinado a proteger “a las personas, sus familias, su religión, su propiedad, su trabajo y su instrucción”⁷⁸.

⁷⁵ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 76.

⁷⁶ 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, *op. cit.*, pp. 82-86.

⁷⁷ Fernando ATRIA, “Existen Derechos Sociales”, p. 2.

⁷⁸ 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 mexicana del estado de Querétaro⁷⁹, y en 1919 la alemana de Weimar.

La Constitución de Querétaro considera un conjunto de prestaciones en materia educacional⁸⁰, laboral⁸¹, de salud pública⁸² y en otras relativas a la propiedad de las tierras, aguas y bienes del subsuelo⁸³. Por su parte, la de 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 maternidad⁸⁴, la protección de la juventud contra la explotación y el abandono moral, espiritual y físico⁸⁵ y el derecho a la educación⁸⁶.

En esa misma dirección viajarán las constituciones de Chile en 1925, de España en 1931⁸⁷, y de Irlanda en 1937⁸⁸.

⁷⁹ 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. Alicia HERNÁNDEZ CHÁVEZ (dir.) y Sandra KUNTZ FICKER(coord.); *México. La apertura al mundo*, tomo 3: 1880-1930, pp. 80-90.

⁸⁰ CONSTITUCIÓN MEXICANA DE QUERÉTARO, artículo 3°.

⁸¹ *Op. cit.*, artículo 123.

⁸² *Op. cit.*, artículo 73.

⁸³ *Op. cit.*, artículo 27.

⁸⁴ CONSTITUCIÓN ALEMANA DE WEIMAR, artículo 119.

⁸⁵ *Op. cit.*, artículo 122.

⁸⁶ *Op. cit.*, artículo 120. 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.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ 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 papel subsidiario del Estado en caso de carencia de los padres y ausencia de

A partir de la segunda mitad del siglo XX el lenguaje de los derechos sociales se hace extensivo a muchas otras constituciones y a diversos tratados de Derecho Internacional.

1.6. LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Con miras a lograr un mayor grado de integración económica y financiera, en forma coetánea a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se gesta la tradición constitucional de la Unión Europea.

Tal como lo expresara Robert Schuman en 1950, para salvaguardar la “paz mundial” eran necesarios:

“esfuerzos creadores equiparables a los peligros que la amenazan”. “Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a las realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho”⁸⁹.

La propuesta del entonces ministro de Relaciones Exteriores francés invitaba al gobierno de Alemania Federal para crear una “potente unidad de producción” (del carbón y del acero) al alero de una “Alta Autoridad” común abierta a los demás países de Europa⁹⁰.

En 1951 Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos firmaron el tratado que institucionaliza la CECA⁹¹. Cinco años más tarde, los ministros de Asuntos Exteriores se reunieron para explorar si era pertinente extender dicha unión a otras áreas de la economía, entre ellas, la energética⁹².

El 25 de marzo de 1957 se firmaron en Roma tres tratados: el “Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea” (CEE), el “Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica” (CEEA o EURATOM), y el “Tratado Relativo a las Instituciones Comunes a las Comunidades Europeas”.

la iniciativa privada. Solo 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, *op. cit.*, p. 37.

⁸⁹ “Declaración Schuman”, 9 de mayo de 1950, en Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Código Constitucional de la Unión Europea*, pp. 173-176.

⁹⁰ *Op. cit.*, pp. 173-174.

⁹¹ El 1 de enero de 1973 ingresan Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido. En 1981 se incorpora Grecia y, cinco años más tarde, España y Portugal. En 1995 Austria, Finlandia y Suecia, y entre los años 2004 y 2007 ingresan otros doce países: Bulgaria, Chipre, República Checa, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Letonia, Lituania, Malta y Rumania. Actualmente, la Unión está compuesta por veintiocho naciones.

⁹² La reunión tiene como fruto el Informe Spaak, germen del mercado común europeo. El informe es aceptado por los Estados miembros en mayo de 1956, en Viena.

Mediante este último acuerdo se instituyen la Asamblea o Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia Europeo y el Comité Económico y Social, así como el Consejo y la Comisión⁹³. En 1965, en Bruselas, estas instituciones se transforman en la “Comunidad Económica Europea” o “Comunidad Europea”.

En 1979, se celebran las primeras elecciones parlamentarias por sufragio universal, hecho que supone “un cambio radical, cualitativo, en el órgano asambleario europeo”⁹⁴.

Entre 1984 y 1994 se aprueban por el Parlamento Europeo dos proyectos de Constitución, ninguno de los cuales vio la luz.

El Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea de 1984 (*Proyecto Spinelli*) reconocía formalmente en su artículo primero a la Unión Europea. Además, disponía la creación de nuevas instituciones y delegaba en ellas competencias específicas. Entre estas instituciones estaban el Consejo de la Unión, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia y el Consejo Europeo. En materia de derechos, el proyecto reconocía en forma diferenciada “los derechos y libertades fundamentales, tal como derivan de los principios comunes de las constituciones de los Estados miembros” y los “derechos económicos, sociales y culturales que derivan de las constituciones”.

Respecto de los primeros, la Unión los reconoce sin más, en tanto que respecto de los segundos el proyecto solo se compromete a mantenerlos y a desarrollarlos “dentro de los límites de sus competencias”⁹⁵.

El siguiente proyecto de Constitución, el Proyecto Herman de 1994, tampoco fructifica⁹⁶.

Entre tanto, en 1986 se adopta el “Acta Única Europea” cuyo objetivo fue el desarrollo de un programa destinado a eliminar trabas a la libre circulación de mercancías dentro de las fronteras. El Acta culmina con el reconocimiento de las “cuatro libertades de circulación del mercado único”: mercancías, servicios, personas y capitales⁹⁷. En 1989, el Consejo de Europa adopta la “Carta comunitaria de derechos sociales”, documento que no sería aprobado por el Reino Unido. El texto prescribe los princi-

⁹³ Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, p. 81

⁹⁴ PEREIRA, *Código...*, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁵ Artículos 4.1. y 4.2. del Proyecto Spinelli.

⁹⁶ “Proyecto de Constitución de la Unión Europea” (Proyecto Herman), PEREIRA; *Código...*, *op. cit.*, pp. 235-264.

⁹⁷ ACTA ÚNICA EUROPEA, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, N° L 169/1, adoptada el 1 de enero de 1987. Por su intermedio se compromete a la defensa de los derechos y libertades a través del reconocimiento en las constituciones de los Estados miembros, en el Convenio de Roma y en la Carta Social Europea.

prios que afectan la libre circulación de los trabajadores, el empleo y las remuneraciones, la libertad de asociación y de negociación colectiva, el desarrollo profesional y la igualdad de género en materia laboral, normas sobre seguridad en el trabajo y de protección de los menores, ancianos y personas con discapacidad.

Los fundamentos y objetivos de la Carta son retomados en el Tratado de Ámsterdam, que incluye las disposiciones sociales del protocolo social de Maastricht⁹⁸.

El 7 de diciembre de 2000 el Parlamento Europeo, la Comisión de la Unión y la Comisión Europea aprueban la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁹⁹, texto que forma parte del Tratado de Lisboa¹⁰⁰.

Dadas las reticencias para la aprobación de una constitución, el 14 de febrero de 2001 es suscrito el Tratado de Niza. El acuerdo establece un procedimiento para la formación de la Unión Europea¹⁰¹. Dicho acuerdo se cristaliza con la Declaración de Leaken¹⁰².

Hasta ese entonces los tratados existentes en la Unión hacen suyos:

“los derechos y libertades inherentes a los fines iniciales de las Comunidades, aunque (*con el tiempo*) incorporan el Imperio del Derecho, a través del Tribunal de Justicia”¹⁰³.

Por esta razón, la ausencia de una constitución se suple con los principios de libre circulación y no discriminación. Por otra parte, la jurisprudencia del tribunal de justicia y de algunos tribunales constitucionales consolidan los derechos y libertades en el plano comunitario¹⁰⁴.

⁹⁸ Paloma DURÁN Y LALAGUNA, “Las referencias onusianas para la definición europea de derechos sociales”, pp. 29-48.

⁹⁹ CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.

¹⁰⁰ EL TRATADO DE LISBOA, firmado el 13 de diciembre de 2007, es fruto de negociaciones entre los Estados miembros, la Comisión y el Parlamento reunidos en una conferencia intergubernamental. Por intermedio de este tratado se incorporan dos cláusulas sustantivas que modifican el TUE y el tratado constitutivo, que pasa a denominarse Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión. Por este último tratado la Unión adquiere personalidad jurídica.

¹⁰¹ TRATADO DE NIZA, declaración anexa (N° 3).

¹⁰² Al respecto, la “Declaración de Leaken” formula las siguientes cuestiones sobre el futuro de la Unión Europea: a) “si la Carta de Derechos Fundamentales debe integrarse en el tratado básico” y b) si es necesaria “la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos”. PEREIRA, *Código...*, *op cit.*, pp. 235-264.

¹⁰³ GÓMEZ, *op cit.*, p. 93

¹⁰⁴ Véase *Stauder*, de 2 de noviembre de 1969 e *Internationale Handelsgesellschaft*, del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, sentencias, 17 de diciembre de 1970. Por su parte,

La tradición constitucional de la Unión Europea responde a un modelo multinivel que reconoce diversas fuentes de producción¹⁰⁵. Por una parte, existe un ámbito interno que es conformado por las constituciones de cada Estado, los respectivos ordenamientos jurídicos y las sentencias dictadas en materia de derechos y libertades. Por otra, hay un marco externo compuesto por el Derecho de la Unión, las cartas de derechos fundamentales, la jurisprudencia del tribunal de justicia y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tratados de derechos humanos¹⁰⁶.

En este contexto jurídico, la aplicación y eficacia de los derechos sociales depende de las competencias de cada estado miembro.

II. Problemas que plantea el reconocimiento de los derechos sociales como derechos constitucionales

- 1.1. La tradición constitucional clásica, junto a la de Alemania de posguerra y de la Unión Europea, reconocen y configuran límites a diferentes esferas del poder con el fin de garantizar los derechos y libertades. Así, las constituciones de Inglaterra y Francia reconocen el principio de separación de poderes, y la estadounidense establece un sistema de controles y balances en un plano funcional y territorial. Con igual objetivo, la Ley de Bonn contempla un conjunto de valores que se propagan en la realidad, como los de libertad, igualdad y dignidad humana. En fin, la tradición de la Unión Europea dispone un sistema de control escalonado y multinivel que respeta las autonomías estatales en función del reconocimiento de las libertades básicas.

La tradición de los derechos sociales no considera esos límites ni contempla controles especiales. Su objetivo es asegurar la igualdad material.

véase la *Sentencia Frontini*, de 27 de diciembre de 1973, del TC italiano, y BVerfG, *Solange I*, de 29 de mayo de 1974, del TC Federal.

¹⁰⁵ La tradición constitucional de la Unión Europea responde a un modelo de arquitectura de multinivel que “incluye en cierto modo el de sus estados miembros porque no se trata de compartimentos estancos, no consiste en añadir un nivel de constitucionalidad nuevo... como un nuevo piso añadido a un edificio pero completamente incomunicado”. Se trata de un constitucionalismo multinivel que integra los planos sub-estatal, estatal y supraestatal “en el que ninguna de las comunidades políticas tiene todas las competencias (...), ninguna es soberana excepto en el sentido de soberanía originaria”. PEREIRA, *Código...*, *op. cit.*, pp. 61-62.

¹⁰⁶ GÓMEZ, *op. cit.*

- 1.2. La tradición constitucional clásica trae aparejado un quiebre profundo y definitivo con el Antiguo Régimen: la Filosofía liberal remueve las bases del absolutismo a través del principio de separación de poderes y el reconocimiento de los derechos y libertades individuales.

La tradición de los derechos sociales se nutre de un concepto neorrepblicano de libertad, según el cual los derechos son prescritos en defensa de los más desposeídos e indigentes. Se trataría de derechos que harían posible la liberación del pueblo oprimido a través de prestaciones que garantizan la igualdad material. Para ese propósito, la tradición de los derechos sociales requiere un mayor grado de centralización y fortalecimiento del poder.

- 1.3. La estructura de los derechos clásicos se construye sobre la base del concepto de libertad negativa, esto es, a partir de obligaciones de no hacer, de no obstaculizar, de no interferir.

De esta forma, los derechos clásicos se refieren a ámbitos en los que al Estado le está vedada cualquier posibilidad de injerencia. Por esta razón, poseen un carácter absoluto, autónomo, que se deduce de la naturaleza propia de las cosas (y no de la prudencia política).

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 conforme a condicionantes fácticas y normativas. 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; todas las cuales difícilmente pueden ser objeto de un control jurídico definitivo. De ahí su estructura *prima facie*.

- 1.4. Los derechos clásicos son normas autónomas, preexistentes al Estado.

Los derechos sociales se encuentran ligados a la actividad del Estado, por lo que su contenido específico no les confiere mayor eficacia que la que se deriva 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 el Estado: si los recursos son escasos y las necesidades ilimitadas, no todos los derechos sociales pueden ser satisfechos.

- 1.5. Los derechos clásicos gozan de una eficacia directa e inmediata desde el momento en que cualquier individuo puede reclamar su aplicabilidad ante cualquier tribunal de justicia.

Los derechos sociales gozan de una eficacia relativa. Si se trata de derechos sociales de fuerte contenido clásico y poseen configuración legal, pueden ser exigidos directamente por particulares. Si se trata de derechos sociales de contenido clásico sin configuración legal o si son derechos sociales de prestación, su eficacia es indirecta y mediata, pues su aplicación depende tanto de la intervención del legislador como de la del juez.

- 1.6. Los derechos clásicos son normas justiciables cuyo cumplimiento puede ser íntegramente exigido ante un juez.

Los derechos sociales de prestación que adolecen de una debida configuración legal no son normas justiciables, pues su contenido es difuso y su aplicación ambigua. En este sentido, son meras declaraciones de intención relativas a metas o programas de acción.

Se ha sostenido que los derechos sociales serían exigibles ante un juez cuando el legislador no cumple o cumple sin satisfacción, con su deber de dictar preceptos destinados a ejecutar las disposiciones constitucionales. Así, la supremacía de la Constitución y su naturaleza normativa supondrían la eficacia directa e inmediata de los derechos sociales. Empero, esta afirmación supone un cambio de paradigma por el cual se transgrede la separación de poderes.

- 1.7. El reconocimiento de los derechos civiles y políticos es determinante no solo para establecer controles y límites a la actividad estatal sino para legitimar su actuar.

Los derechos sociales se configuran a partir de la propia actividad normativa del Estado. Bajo esta premisa, estos no garantizan necesariamente los derechos y libertades, ni disponen límites objetivos sobre la actividad del Estado.

Bibliografía

- ATRIA, Fernando, "Existen Derechos Sociales", en Claudio ARI MELLO (coord.), *Os Desafios dos Direitos Sociais* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.
 Disponible en www.cervantesvirtual.com/obra/existen-derechos-sociales-0
 [fecha de consulta: 24 de septiembre de 2013].
- BODIN, Jean, *Les six livres de la République*, Aalen, Scientia Verlag, 1961.

- COTTERET, Jean-Marie, *Le Pouvoir Législatif en France*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Pichon et Durand-Auzias, 1962.
- CRUNDEN, Robert M., *Introducción a la historia de la cultura norteamericana*, traducción Clara Ronderos, Bogotá, Ancora, 1994.
- DIPPEL, Horst, *Constitucionalismos Moderno*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- DURÁN Y LALAGUNA, Paloma, “Las referencias onusianas para la definición europea de derechos sociales”, en *Persona y Derecho*, vol. 66, Navarra, 2012.
- FAZIO, Mariano, *Historia de las ideas contemporáneas. Una lectura del proceso de secularización*, 4ª ed., Madrid, RIALP, 2015.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, “Los derechos fundamentales y el Control Constitucional”, en *Revista de Derecho*, vol. XVII, Valdivia, diciembre 2004.
- FIORAVANTI, Mauricio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- GAY, Lawrence; “La notion de ‘droits-créances’ a l’épreuve du controle de constitutionnalité”, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, N° 16 (Prix de these 2002), Paris, juin 2004.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Sanz y Torres 2011.
- HERNÁNDEZ CHÁVEZ, Alicia (dir.) y Sandra KUNTZ FICKER (coord.), *México. La apertura al mundo*, Madrid, Taurus, Fundación Mapfre-Santillana Ediciones Generales, 2012, tomo 3: 1880-1930.
- KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 4ª reimpresión, Barcelona, Ariel Derecho, 1986.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Barcelona, Cedecs, 2007.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Historia de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2001, tomo II, vol. III: El Derecho positivo y los derechos humanos
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Código Constitucional de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Andavira Editora, 2011.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Madrid, Universidad Complutense, 1992.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *El constitucionalismo de los Estados Unidos. La magna carta norteamericana vista desde la española*, Santiago de Compostela, Andavira, 2012.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, Madrid, Colex, 2010.
- PUELLES BENÍTEZ, Manuel, *Política, legislación y educación*, Madrid, UNED, 2012.
- RAWLS, John, *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, Barcelona, Paidós, 2009.
- ROOSEVELT, Franklin D., *State of the Union Message to Congress*, disponible en www.fdrlibrary.marist.edu/archives/address_text.html [fecha de consulta: 25 de octubre de 2017].

- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universitaria Textos, 1992.
- SUNSTEIN, Cass R., *The second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution-And Why We Need It More Than Ever*, New York, Basic books, 2004.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *El antiguo Régimen y la Revolución*, 12ª reimpresión México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2006.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, 12ª reimpresión, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002.
- WOLFGANG SARLET, Ingo; "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, 2010.

CARTAS Y DOCUMENTOS

- ACTA ÚNICA EUROPEA, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, N° L 169/1, adoptada el 1 de enero de 1987 disponible en: <http://iuee.eu/pdf-dossier/20/t1QKXvhboUvFSpOSnDtj.pdf>. [fecha de consulta: 25 de octubre de 2017].
- CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, disponible en www.europar.europa.eu/pdf/text_es.pdf [fecha de consulta: 25 de octubre de 2017].
- CONSTITUCIÓN FRANCESA 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].
- CONSTITUCIÓN ALEMANA DE LA REPÚBLICA DE WEIMAR de 1919.
- CONSTITUCIÓN DE IRLANDA de 1937.
- CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA de 1931.
- CONSTITUCIÓN MEXICANA DE QUERÉTARO.
- CONSTITUCIÓN DE 1848, II République, 4 noviembre. Disponible en www.conseil-constitutionnel.fr [fecha de consulta: 5 de octubre de 2013].
- 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].
- DECLARACIÓN ANEXA AL TRATADO DE NIZA, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/lex/lex.cfm?uri=eur-lex:2001:1080ES:0071:1> [fecha de consulta: 5 de octubre de 2013].

FALLOS

- BVERFG, *Lüth-Urteil*, de 15 de enero de 1958.
- BVERFG, *Solange I*, de 29 de mayo de 1974.
- BVERFG, *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970
- BVERFG, *tauder*, de 2 de noviembre de 1969.
- CORTE CONSTITUCIONAL (Italia), *Sentencia Frontini*, de 27 de diciembre de 1973.