

Estado, Constitución y derechos sociales

Conviene¹ tal vez comenzar precisando que la expresión “derechos sociales” será utilizada aquí de manera convencional: su uso no presume su pertinencia teórica. Sin embargo, no es casual que partamos de la denominación corriente —que resume a su vez la de “derechos económicos, sociales y culturales”—, ya que los problemas de expresión son centrales en este campo del derecho, quizás más que en ningún otro, sobre todo si se piensa que la doctrina jurídica aparece frecuentemente con retraso con respecto a la normativa constitucional positiva. En efecto, si se encuentran enunciados normativos sobre los “derechos sociales” en la mayor parte de las constituciones occidentales redactadas en los últimos treinta años, la doctrina dominante en la mayoría de los países europeos se muestra siempre dispuesta a sostener que ellos no serían auténticos derechos, exigibles en el sentido técnico-jurídico del término, sino más bien “objetivos”, “fines”, “principios”, no justiciables ante (y por) los tribunales. No serían exigibles porque el Estado, y menos aún el Estado democrático, no puede ser obligado por una autoridad judicial a hacer algo, mientras que, por el contrario, puede ser compelido a abstenerse en el campo de los derechos y libertades individuales.

La doctrina jurídica alemana, que ha sido la primera en analizar sistemáticamente la cuestión, considera, mayoritariamente, que no se trata de derechos garantizados constitucionalmente, entendidos como derechos subjetivos, para emplear una expresión tradicional, es decir, directamente aplicables y por lo tanto invocables de manera autónoma ante los tribunales². Esta conclusión es el corolario de debates más generales que tuvieron lugar ya a comienzos de los años 1950, donde se negaba el carácter jurídico-constitucional a la noción de “Estado social”, recogida en el *Grundgesetz*³. La influencia de esta discusión —heredera a su vez de otras polémicas surgidas a finales de la República de Weimar—, ha sido notable y persistente, no solo en el plano de la doctrina sino también en el del derecho positivo europeo —así la Constitución española de 1978 prefirió presentar los artículos referidos a la materia social como «principios rectores de la política social y económica». No nos hallaríamos, una vez más, ante “derechos subjetivos”, sino ante estándares que deben orientar la acción del Estado, sobre todo del Legislador y, en el mejor de los casos, la interpretación constitucional de normas jurídicas.

Esta conclusión resulta de una supuesta diferencia de “naturaleza jurídica” entre

derechos individuales y "derechos sociales", a veces tematizada por distinciones del tipo "derechos de libertad" y "derechos-deuda" o de "derecho o libertad de" y "derecho de derecho a". Una vez definidos como obligaciones (prestaciones) ligadas a la atribución de bienes, se considera que los derechos sociales no son derechos fundamentales en el mismo sentido que los derechos del hombre, ya que estos, por definición, preceden a la sociedad, mientras que los otros son obligaciones que no existen hasta que se haya constituido la sociedad, un Estado que permitirá la puesta en funcionamiento de los servicios públicos destinados a satisfacer las necesidades sociales por medio de prestaciones materiales.

Pretendemos discutir aquí esta representación que establece una diferencia de esencia entre los derechos del hombre y los derechos sociales, donde las dificultades técnico-jurídicas para la realización efectiva de estos últimos no sería más que una consecuencia de esa naturaleza opuesta. Y porque no hay una "naturaleza" propia a los derechos sociales, es en la historia de su constitucionalización donde podrán determinarse sus diferentes estratos de significación. No es casual que la doctrina jurídica francesa presente sus diferencias, aunque de manera secundaria, en términos de "generaciones" de derechos. Pero si esta distinción entre derechos del hombre y derechos sociales es, ante todo, histórica, significa también que es contingente. En todo caso, el primer obstáculo que se presenta a la juridicidad de los derechos sociales, en relación siempre con los derechos individuales, a saber, que aquéllos exigen una acción positiva del Estado, no parece un fundamento suficiente para construir una categoría teórica diferente. Dicho de otro modo, la definición de los derechos sociales como derechos a prestaciones es tam-

bién producto de una historia (política). Por cierto, una presentación diacrónica de los diferentes derechos del hombre es siempre concebible, porque su significación ha variado con la evolución de ciertas relaciones sociales, pero esto no debe confundirse con una naturaleza particular, "social" o "económica", de ciertos derechos fundamentales. Lo que nos conduce, en otras palabras, a sostener la universalidad de lo social, a negar su particularidad.

Una mirada sobre la aparición de los derechos sociales permitirá relativizar algunos obstáculos que la doctrina jurídica tradicional sostiene como inhibitorios para su completa caracterización jurídica. Pero no pretendemos trazar aquí una historia integral de los derechos sociales, y menos aún legitimar una tesis teórica por su fundamento histórico. Lo que aparece en la distintas formas de constitucionalización de los derechos sociales son dos lógicas en conflicto, una de las cuales ha sido desplazada, o al menos ocultada, por la evolución contemporánea del Estado social. En efecto, existe una tensión propia a los derechos sociales entre dos polos, de emancipación social, por un lado, y de integración social, por el otro, y que condiciona a su vez el par conceptual utilizado para determinar su carácter, universalidad y particularidad.

La dificultad de este enfoque reside en la imbricación de momentos y de tradiciones. Pero aún a riesgo de cierto esquema-tismo, la identificación de ambos polos puede resultar determinante, habida cuenta que la modalidad conceptual que niega el carácter jurídico de los derechos sociales, para limitarlos a meras "políticas", combina en su definición una función política de integración social con su caracterización como derechos particulares —en cuanto al objeto (prestaciones materiales) y en cuanto a la categoría de sujetos beneficiarios (los

indigentes)–. En ese sentido, nuestro análisis se detendrá más en las discontinuidades del proceso de constitucionalización de lo social, en sus rupturas. Lo que equivale, en el fondo, a subrayar el carácter político de los derechos del hombre, de todos los derechos del hombre.

I. DERECHOS SOCIALES Y REVOLUCIÓN SOCIAL

La codificación de derechos del hombre en una declaración tal como aparece a finales del siglo XVIII expresa la tentativa de constitucionalizar un movimiento insurreccional. Pero en el caso de los derechos humanos de contenido social, esta intención parece expresada de forma más directa. Es por ello que la referencia a su “trascendencia” parece reducirse aquí al mínimo, para transformarse en un proyecto político. A diferencia también de los derechos del hombre de contenido individual, los derechos sociales aparecen siempre como fruto de una revolución inconclusa, no solo en el sentido de movimientos que no logran realizar su programa original –lo que podría ser solo una constatación banal desde el punto de vista histórico–, sino en la idea de que ésta debe ser terminada por y en un nuevo ordenamiento jurídico (positivo). Esto explica, una vez más, por qué los derechos sociales se presentan menos como derechos naturales, imprescriptibles y trascendentes que bajo la forma de políticas (estatales). Un ejemplo claro de esta modalidad nos lo dan los términos del célebre decreto del 25 de febrero de 1848 que impone al gobierno de la II República francesa «garantizar la existencia del obrero a través del trabajo, el Gobierno se compromete a garantizar un trabajo a todos los ciudadanos»⁴. Así, desde un inicio, la idea de derechos sociales, y más particularmente, esta

referencia directa a lo social, expresa ese punto de pasaje consciente de la insurrección a la institución a través de su positivización (constitucionalización). Quizás quien expresara más claramente en términos políticos esta idea fue uno de los líderes más influyentes de la Revolución de 1848, LOUIS BLANC: «La reforma política no era más que un medio para lograr el objetivo, es decir, la reforma social». A medida que esta conexión entre derechos sociales y cambio social se debilita, especialmente después de 1945, con la generalización (relativa) de un modelo de Estado social, por un lado, y aceptación definitiva (también relativa) de los derechos sociales en el derecho constitucional, por el otro, su significación teórica y jurídica se transformará.

En verdad, la afirmación del carácter social de los derechos del hombre se encuentra de manera explícita en los trabajos del Comité de mendicidad de la Constituyente, que considera, en su plan de trabajo de 1790, que «todo hombre tiene derecho a su subsistencia». En ese sentido, el Comité declara que allí donde se hallen hombres sin medios de subsistencia, existe una violación a los derechos del hombre⁵. En un discurso de junio de 1792, BERNARD precisa que el derecho a la subsistencia presenta dos aspectos: el trabajo, si el hombre es apto, o los socorros gratuitos, si no tiene la posibilidad de hacerlo⁶. Cuando la Constitución de 1793 proclama, en el artículo 21 de su célebre Declaración, un «derecho a los socorros públicos» para aquellos que no están en condiciones de trabajar, no hace más que seguir una de las líneas de evolución presentes desde un inicio en la Revolución de 1789, aquella justamente que asocia este derecho a una categoría social, la indigencia. Esto nos muestra también que la lógica de integración social de los derechos sociales está presente desde el origen, y es la primera en ser constitucionalizada⁷.

Pero junto a esta primera tentativa de constitucionalización, subiste otra lógica, que se encuentra sobre todo en ROBESPIERRE, al menos desde su célebre "Discurso de la subsistencia". Defiende allí el «derecho a la existencia» como el «primer» derecho imprescriptible del hombre, asumiendo de este modo la universalidad de lo social. Más aún, radicaliza esta perspectiva, afirmando que dicho derecho implica una limitación del derecho de propiedad, ya que la subsistencia obliga a «asegurar a todos los miembros de la sociedad el usufructo de la porción de frutos de la tierra que es necesaria para su subsistencia»⁸. La propiedad es «una institución social», tal como Robespierre lo afirma en la presentación de su proyecto de Declaración, en abril de 1793. Los principales derechos del hombre se reducen allí a dos: «procurar la conservación de la existencia y la libertad» (art. 2.º). En ese sentido el carácter universal del derecho a la existencia se encuentra en los dos medios que ROBESPIERRE explicita en el punto X de la Declaración jacobina: «la sociedad está obligada a proveer la subsistencia a todos sus miembros, ya sea procurándoles trabajo o asegurando los medios de existencia a quienes no estén en condiciones de trabajar».

Pero la cuestión constitucional se instala con más fuerza a mediados del siglo XIX, cuando la cuestión social y los derechos sociales en sentido estricto convergen, se confunden incluso, por la aparición de un "cuarto" estado como sujeto de derecho. Es así como en 1848, el problema de los derechos sociales se concentra en la discusión sobre un «derecho al trabajo», fórmula de origen fourierista que conoce una gran popularidad en esos momentos. El carácter integral del derecho al trabajo aparece ya en el proyecto constitucional de junio de 1848, donde son reconocidas como garantías esenciales a ese derecho, entre otras, la libertad,

la libre asociación, la igualdad, la enseñanza gratuita.

Como se puede prever, es en los escritos de los socialistas de 1848 donde aparece teorizado de manera más directa el carácter universal de los derechos sociales. Para BLANC el derecho al trabajo tiene su fundamento en el derecho a vivir productivamente, y por medio de él, al derecho de conservar la vida. El derecho al trabajo está ligado al derecho a la propiedad por una doble vía: toda propiedad que no proviene del trabajo no está justificada, todo trabajo que no conduce a la propiedad es opresivo. Para trabajar, es necesario contar con los instrumentos de trabajo, de lo contrario, aquellos que no los tienen están sometidos a quienes los poseen. Si la desigualdad es un hecho general, permanente, BLANC afirma, por el contrario, la variabilidad de la idea de propiedad, como también las de libertad y libre concurrencia⁹. La afirmación del derecho al trabajo como negación del derecho a la propiedad aparece también en PROUDHON, un nombre significativo en esta historia, no tanto por haber sido el señalado causante del rechazo a todo reconocimiento constitucional del derecho al trabajo, por haber pronunciado una frase demasiado sincera en la Asamblea nacional, sino por no asociar en su concepción este derecho a un Estado productor, como lo hacía BLANC. En efecto, para el teórico del mutualismo, el derecho al trabajo no se reduce a la promoción de obras públicas y al aumento del gasto público; lo inscribe más bien en la idea de una Constitución social, definida como «el equilibrio de intereses fundado en el libre contrato y la organización de las Fuerzas económicas», y que opone a la constitución política, autoritaria¹⁰. En la última tentativa parlamentaria de incluir en el texto constitucional el derecho al trabajo, FÉLIX PYAT afirma su continuidad con la tradición de

los derechos del hombre: «al entrar en sociedad en un mundo ocupado, compartido, parcelado, el hombre intercambia sus derechos individuales contra sus derechos sociales ¿Cuáles son sus derechos sociales? El trabajo y la propiedad»¹¹. La prioridad, sin embargo, pertenece al trabajo, que es «la fuente y la garantía» de la propiedad, porque el trabajo es el único medio de adquirir con que cuentan los pobres.

Un testigo interesado en estos debates constituyentes sostiene que la fórmula «derecho al trabajo» no deviene central para los obreros sino hasta después de la represión sangrienta de las revueltas de junio, «cuando la Asamblea nacional busca curar las cicatrices dejadas por [la supresión de] los talleres nacionales»; antes, los obreros reclaman «la organización del trabajo», lo que equivaldría menos a un derecho que a un nuevo sistema social¹². En realidad, ambas cuestiones se encuentran íntimamente ligadas, como resulta de la afirmación de VIDAL, secretario de la Comisión de Luxemburgo, que sostiene que «el derecho al trabajo [...] implica necesariamente la organización del trabajo, y la organización del trabajo implica la transformación social». El Proyecto de Constitución (del 19 de junio), después de haber proclamado el «derecho al trabajo» entre los derechos garantizados en su artículo 2.º, lo había definido en su artículo 7.º como «aquel que tiene todo hombre de vivir de su trabajo». Este derecho estaría acompañado de una política: «La sociedad debe, por los medios productivos y generales de que dispone, y que serán organizados posteriormente, proveer un trabajo a todos los hombres válidos que no pueden procurárselo de otro modo». El dispositivo se completa con una serie de garantías, enumeradas en el artículo 132.

Durante la discusión de este proyecto en la Asamblea, la oposición entre «derecho al

trabajo» y «derecho de propiedad» —o, si se quiere formular de forma positiva, la relación entre derechos sociales y transformación social— aparece en toda su dimensión. Los socialistas no son los únicos que establecen una correlación entre «derecho al trabajo» y (negación del) derecho de propiedad. «Si lo escribimos en la Constitución —dice DUVERGIER DE HAURANNE—, tomamos en ese mismo instante la obligación de cambiar radicalmente todas las condiciones sociales» (p. 130). El impacto político de su reconocimiento jurídico-constitucional aparece también muy claramente expresado en las reflexiones de TOCQUEVILLE, que busca quebrar toda continuidad entre la revolución de 1789 y «la social», para poder distinguir luego entre la caridad y un derecho de los trabajadores sobre el Estado. Y, aún más nítidamente, en la posición falsamente paradójica de THIERS, que es contrario al reconocimiento del «derecho al trabajo», pero promueve una política activa del Estado en materia económica y social. Para THIERS, un derecho no debe confundirse con una política social: un derecho se aplica a todos, sin excepción, en tanto que un «derecho al trabajo» (como se dirá más tarde de los derechos sociales) se dirige a una categoría específica. Para insistir sobre el carácter de derechos del hombre, un socialista como LEDRU-ROLLIN está dispuesto a aceptar una mera declaración formal, admitiendo que su realización sea imaginada en un porvenir más o menos lejano¹³. En efecto, aun aquellos que son favorables al reconocimiento explícito del «derecho al trabajo», como MATHIEU (de la Drôme), que reintroduce la cuestión en el debate parlamentario, le quitan explícitamente también su garantía. Más tarde, incluso PROUDHON dirá que, si bien el «derecho al trabajo» expresa una necesidad respetable, es en el fondo irrealizable —distinguiendo ahora entre «reconocer del derecho» y «realizarlo»—¹⁴.

No es un hecho casual que quienes niegan entonces todo valor jurídico al «derecho al trabajo», subsuman a éste en el «derecho a la asistencia»¹⁵. Finalmente el artículo VIII del Preámbulo asocia la asistencia a la posibilidad de procurar a los ciudadanos desvalidos «un trabajo dentro de los límites de sus recursos». El artículo 13 del texto definitivo de la Constitución establece, en un mismo plano, que la «sociedad favorece y estimula el desarrollo del trabajo por la enseñanza primaria gratuita, la educación profesional, la igualdad en las relaciones patrón-obrero, las instituciones de previsión y crédito y la libre asociación», al mismo tiempo que «procura la asistencia a los niños abandonados, a los desvalidos y a los ancianos sin recursos, que sus familias no pueden ayudar». Sin embargo, el primer Proyecto de Preámbulo, en sus artículos 7.º y 9.º respectivamente, había establecido claramente la diferencia: en tanto que «el derecho al trabajo» es propio a «cada hombre», el derecho a la asistencia pertenece «a los niños abandonados, a los desvalidos, a los ancianos». Finalmente la Constitución de 1848 precisa la lógica que ya hemos visto en la Constitución de 1793, limitando la concesión de trabajo a los recursos existentes del Estado, por medio de obras públicas. En ambos casos, los titulares del derecho no son los hombres, sino los carentes. En adelante, los derechos sociales se hayan ligados no solo a la particularidad de una categoría social, sino siempre a la actividad benefactora del Estado.

En todo caso, es lo que retendrá un testigo del proceso francés, cuya influencia sobre las ideas sociales será determinante en las concepciones del otro margen del Rin, del *Kaiserreich* a la República Federal: LORENZ VON STEIN. Según STEIN, el movimiento social pone la reforma en el terreno de las clases poseedoras, pudiendo así evitar la

revolución social. De ello resulta una aritmética política, en la cual el Estado, en tanto que administración social-reformista, debe garantizar a la clase desposeída la adquisición de capital, superando así el primer contenido social de la idea de igualdad, la negación de la propiedad privada. En este sentido, lo social se coloca explícitamente por fuera de la Constitución, para concentrarlo en la administración¹⁶.

La cuestión social, y sus espectros, recorren Europa. Y en el plano del pensamiento, serán las corrientes del liberalismo social, abonado en Francia y en Alemania por un fuerte componente cristiano, quienes van a estabilizar, y luego absolutizar el elemento de integración social. Tras las tentativas bonapartistas, encontraremos en el Estado bismarkiano una primera realización sistemática, a partir de leyes de seguro de enfermedad, en 1883, y de seguro de accidentes, el año siguiente, inaugurando así una tradición autoritaria del Estado de Bienestar. Pero ese dispositivo de política social no incluye un reconocimiento constitucional de derechos sociales —de hecho, como es sabido, estaba incluso acompañada por una legislación represiva anti-socialista, que comienza con la ley de 1878 y se prolonga hasta el «Nuevo curso» de 1890—.

Mientras tanto, es en este período cuando comenzamos a encontrar la noción de «derechos sociales» como «derechos fundamentales». Una de las primeras formulaciones, la primera en nuestro conocimiento, aparece en la doctrina de ANTON MENGER, que emplea la expresión «derechos económicos fundamentales» (*ökonomische Grundrechte*) del socialismo. Para MENGER, éstos eran tres: el «derecho al producto integral del trabajo», el «derecho a la existencia» y el «derecho al trabajo». Sin embargo, como se puede apreciar con su mera enunciación, ese «fundamental» reenvía más a una visión filosó-

fica que jurídico-positivista, aunque MENERG imagina un Estado social que realizará estos «derechos». Pero MENERG es un teórico pos 48, discípulo de STEIN, que piensa ese Estado «popular de trabajo» como «un sistema jurídico que reconoce a cada miembro de la sociedad el derecho a obtener, en proporción a los recursos existentes, los bienes y servicios necesarios para una existencia humana, antes que las necesidades menos urgentes de otros ciudadanos sean satisfechas»¹⁷, en una lógica que recuerda las formulaciones de un JOHN RAWLS.

II. DERECHOS SOCIALES Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

La cuestión de la constitucionalización de lo social resurge de manera vigorosa con las revoluciones de entreguerras. Este proceso, que se extiende al menos hasta la Constitución de la Segunda República española de 1931, dará lugar a la denominación característica de «constitucionalismo social», para referirse al movimiento de incorporación de cláusulas programáticas de contenido económico y social en los textos constitucionales.

La historia constitucional libra oficialmente su acta de nacimiento con la Constitución alemana del 18 de agosto de 1919. Pero, a decir verdad, ésta ya tiene un precedente fundamental en la Constitución mexicana del 31 de enero de 1917, elaborada en Querétaro. Si este antecedente no puede ser soslayado, no se trata de un simple (e inútil) gesto de erudición: encontramos allí, establecida por primera vez en un texto constitucional que alcanzará vigencia, la relación específica entre derechos sociales y revolución inconclusa.

En los debates constitucionales comenzados en diciembre de 1916, los constitu-

yentes mexicanos asumen que su proposición sobrepasa los moldes tradicionales de la ciencia del derecho, por la inclusión en la Constitución de normas consideradas tradicionalmente como reglamentarias, en materia de derecho del trabajo y organización económica. En ese sentido, eran perfectamente conscientes de la importancia de su obra, como ha señalado en los debates de la Asamblea Constituyente uno de sus miembros, ni siquiera representante del ala radicalizada: «así como Francia, después de su revolución, ha tenido el alto honor de consagrar en la primera de sus cartas magnas los inmortales derechos del hombre, así la Revolución Mexicana tendrá el orgullo legítimo de mostrar al mundo que es la primera en consignar en una Constitución los sagrados derechos de los obreros»¹⁸.

En efecto, la revolución, iniciada en 1910 en nombre de los principios políticos del liberalismo, adquiere rápidamente un contenido social¹⁹. La cuestión se encuentra planteada por quien se transforma en su principal jefe, VENUSTIANO CARRANZA, en un discurso de setiembre de 1913: «La lucha social, la lucha de clases, queramos o no queramos nosotros mismos, y opónganse las fuerzas que se opongan, las nuevas ideas sociales tendrán que imponerse en nuestras masas: y no es sólo repartir las tierras y las riquezas nacionales, no el sufragio efectivo, no es abrir más escuelas, no es igualar y repartir las riquezas nacionales; es algo más grande y más sagrado: es establecer la justicia, es buscar la igualdad, es la desaparición de los poderosos, para establecer el equilibrio de la conciencia nacional»²⁰. Esta idea de integración social es central, y la encontramos también en otros actores, como el general ÁLVARO OBREGÓN —vencedor de VILLA y referente de la izquierda en la Asamblea de Querétaro— para quien la legislación social e incluso el socialismo «lleva como

mira principal tender la mano a los de abajo para buscar un mayor equilibrio entre capital y trabajo»²¹.

Más allá de los efectos retóricos y, sobre todo, de un asumido proyecto político de armonización social, la idea de justicia está ligada a la de transformación. CARRANZA, jefe provisorio del ejecutivo, aparece como promotor de una importante legislación social, amen de iniciador de la revisión constitucional de 1916-1917. Sin embargo, en el Proyecto de Constitución que envía a la Asamblea, la cuestión social no fue incluida, por considerar que se trataba de materia reglamentaria. Son los constituyentes radicales —que se hacen llamar “jacobinos”— quienes presionan para incluirla, obteniendo luego de varias negociaciones el apoyo de los hombres de CARRANZA, por lo cual los artículos serán finalmente aprobados por unanimidad.

Pero la importancia de la Constitución mexicana de 1917 supera el marco ideológico que la sostiene, porque constituye el dispositivo jurídico propio del constitucionalismo social de la primera mitad del siglo xx. En su caso, este se concentra en tres artículos: el 5.º, cuyo debate dará origen a la cuestión social en la Constitución, el 27 y el 123 (con sus treinta incisos originales). Esta tríada comienza con la afirmación, en el primero de sus artículos, de una garantía especial de igualdad, y se completa luego con un mecanismo dialéctico que afirma, por un lado, los derechos de los trabajadores y, por el otro, la limitación de la propiedad privada. Así, no hay derechos sociales, como proyecto de realización de un orden social diferente, sino una limitación correlativa del derecho de propiedad. El artículo 5.º, incluido en la parte dogmática de las garantías individuales —y que fuera presentado por los constituyentes como un «derecho a la vida completa»—, prevé la protección del Estado en las rela-

ciones de trabajo y el principio de contrato de trabajo. El artículo 27, considerado como el más importante de la Constitución dada la estructura agraria de México, enuncia el principio de la limitación de la propiedad privada por el interés público, consagrando sobre todo los principios de expropiación y de reforma agraria. El artículo 123 condensa los derechos relativos al trabajo y a su protección, consagrando con carácter constitucional el salario mínimo (vi y siguientes), la jornada legal de trabajo de ocho horas (incisos i a m), el derecho de asociación (xvi), el derecho de huelga (xvii), la participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa (vi y ix), la responsabilidad patronal en los accidentes de trabajo (xiv), el establecimiento de Juntas de conciliación y arbitraje tripartito (trabajadores, empresas, gobierno) para regular los conflictos entre el capital y el trabajo (xx) y la indemnización en caso de despido (xxii).

Si bien se rechaza incluir el artículo 123 en la parte dogmática de la Constitución, como lo exigen en un primer momento los diputados radicales, porque no comprende a toda la nación, los constituyentes de izquierda presentan esos artículos como la vía para «sacar al trabajador del medio donde vive para ponerlo, como hombre, en la sociedad»²². Esta tensión entre integración y emancipación se inscribe en el corazón mismo del dispositivo constitucional. Si bien se reconoce por primera vez con rango constitucional el derecho a huelga, el contrato de trabajo, la participación de los obreros en los beneficios de las empresas, interpretados como principios dinámicos para la transformación social, éstos están al mismo tiempo encuadrados —así, la huelga es lícita si ella «armoniza los derechos del trabajo con el capital»²³—.

El contexto de la constitucionalización social en Europa estará marcado también por

la radicalización de los sectores sociales dominados en un estado de excepción dado por la Gran Guerra, primero, y la revolución, después. En ese marco, la radicalización cree encontrar, además, una forma institucional nueva y concreta; los Consejos, actualizados por la Revolución bolchevique de octubre de 1917. En ese sentido, la «Declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado», de enero de 1918, más tarde incorporada a la primera Constitución soviética (julio), contiene en sus cuatro capítulos no tanto un catálogo de derechos como la explicitación de principios de organización política y económica: derechos sociales y organización social se funden al extremo. La Declaración asigna a los soviets «como tarea esencial, la abolición de toda explotación del hombre por el hombre, la eliminación total de la división de la sociedad en clases, el aplastamiento implacable de la resistencia de los explotadores, la organización socialista de la sociedad y la victoria del socialismo en todos los países», ligando esta proclama a una serie de medidas concretas, como la abolición de la propiedad privada de la tierra, la nacionalización de las riquezas naturales, las fábricas y los bancos, el control obrero sobre todos los medios de producción, el trabajo obligatorio, el armamento de los trabajadores, la exclusión de la burguesía de los órganos de poder. Un programa que produjo, lo sabemos, una gran atracción para las masas europeas.

Frente a este “modelo soviético” (a su- perar) reaparece en la reflexión del derecho público la idea de un “Estado social”, que será desarrollada en la Asamblea de Weimar por FRIEDRICH NAUMANN, su defensor más lúcido en esos momentos²⁴. En NAUMANN, el Estado social conserva las raíces de esta política de integración que remontaba, en Alemania, a la política de las élites prusianas

del siglo XIX, pero, sobre todo, se prolonga, ante el nuevo contexto, con un reconocimiento de los «derechos de los hombres asociados» (*der Verbandmensch*). El Estado social aparece como una especie de nueva síntesis orgánica del objetivo de integración, equidistante del individualismo occidental y del colectivismo ruso.

Si bien las diferentes propuestas de hacer una Declaración de derechos, como la que propone NAUMANN, serán desechadas por la Asamblea de Weimar, la Constitución de 1919 retoma los postulados del constitucionalismo social, en el marco de compromiso de tres grandes programas políticos, el liberal social, el católico social y el socialista. Encontramos así la constitucionalización de derechos de ciertos grupos sociales (familia, juventud, niños, madres, funcionarios) y el reconocimiento de derechos a la educación y vivienda. Sobre todo, el texto constitucional recoge en su articulado un conjunto de derechos “económicos” y los derechos de los trabajadores, especialmente en el artículo 165, integrados en el seno de lo que la doctrina jurídica alemana de la época llamará la «constitución económica» (Capítulo V, arts. 151-165).

La preocupación por teorizar esta constitucionalización de lo social se encuentra sobre todo en juristas marginales, ante todo socialistas. Uno de ellos, HUGO SINZHEIMER, redactor del célebre artículo 165, que preveía la organización de consejos económicos de obreros y empresarios para regular la actividad económica y las relaciones laborales, había defendido en los debates constituyentes la vieja idea de una «Constitución social», específica, al lado de la Constitución política. En el fondo, sin embargo, los intentos de dar cuenta del nuevo constitucionalismo quedaban encerradas en los términos del debate alemán de la época. Por un

lado, la doctrina positivista dominante veía en los derechos fundamentales, incluidos los de contenido individual, ante todo un programa, cuya mayor parte no era ejecutable por el juez sin una ley, que podía incluso limitarlos. Por el otro, los juristas que se muestran más dispuestos a reconocer una fuerza jurídica total a tales derechos, como CARL SCHMITT, consideran, al mismo tiempo, que los derechos "sociales" contenidos en la segunda parte de la Constitución de 1919, son «socialistas por esencia», en el plano de los fundamentos, porque se presentan como un derecho de todos que supone una nueva organización estatal, y limitados, en el plano técnico, porque se trata de prestaciones del Estado, que presuponen una organización específica en ese sentido. Sobre todo por su «estructura lógica y jurídica» estarían en contradicción con los «verdaderos derechos fundamentales», es decir, aquellos negativos de libertad individual, propios de un Estado de derecho burgués consagrado por la Constitución²⁵.

Frente a tales posturas, los juristas socialdemócratas conciben los derechos fundamentales como derechos "culturales" que tendrían por origen, no al individuo abstracto, sino el desarrollo de la cultura política de una comunidad²⁶. Esta visión puede integrar los componentes de la tradición social del liberalismo alemán, de donde provenían algunos de los más experimentados juristas socialistas. SINZHEIMER verá incluso en LORENZ VON STEIN un precursor de sus ideas sociales, y la noción de «Estado de cultura y bienestar» (*Cultur- und Wohlfahrtsstaat*) podía pasar de ADOLF WAGNER a GUSTAV RADBRUCH, mientras que HERMANN HELLER no dudaba en saludar la "gran" obra social de BISMARCK²⁷. Esta tradición jurídica socialista sobre los derechos sociales se construye en torno a tres ejes de análisis, pese a entrecruzarse a menudo. El más sistemáti-

co de estos intentos buscará analizar el conjunto de las transformaciones jurídicas a través de la idea de derecho social, que emerge como categoría jurídica general. En ella hay lugar para una nueva antropología, del hombre concreto, individualizado, como dirá RADBRUCH. En un eje más estricto del derecho constitucional, HELLER concibe los derechos sociales, como el «derecho al trabajo» reconocido en el artículo 163, como «principios programáticos», y no como un derecho positivo, válido. Para este constitucionalista socialista, el espíritu de la Constitución de 1919 es de armonización, para una más justa distribución de bienes (p. 312), en oposición a la lucha de clases, una diferencia que encontramos en la distinción que hace entre las ideas "sociales", realizadas por la intervención del Estado a través de una política social y económica, y las "socialistas", que buscan la socialización de la propiedad y la producción. En esta última perspectiva se inscriben, constituyendo un tercer eje, los trabajos de FRANZ NEUMANN, que busca construir una suerte de teoría socialista de los derechos fundamentales. Este joven abogado laboralista sostiene así que el artículo 151, con su proclamado objetivo de garantizar una existencia humana digna («*eine menschenwürdigen Dasein*»), consagraba una concepción material de la justicia que encuadra (y condiciona) a los llamados derechos capitalistas de propiedad, contrato y libre empresa. La "Constitución económica" contenía un programa de acción: la realización legal de la libertad social, o, dicho de otra forma, la posibilidad para los trabajadores de determinar sus formas de existencia²⁸. Pese a considerar el Estado social como «constitucional», NEUMANN, como de hecho otros juristas socialistas, insisten menos en el contenido social de los derechos proclamados en la segunda parte de la Constitución de 1919, que en la importancia de los me-

canismos institucionales previstos para la socialización de la propiedad (art. 156) y la administración de la economía a través de Consejos de empresa (art. 165). La crítica del joven MARX a los derechos del hombre de 1789 y su carácter abstracto y apolítico se interponía tal vez en toda comprensión socialista de lo jurídico.

III. DERECHOS SOCIALES Y ESTADO DE BIENESTAR

Los desarrollos constitucionales en la segunda mitad del siglo XX debilitarán la relación entre constitucionalización de derechos sociales y cambio social. En efecto, esta segunda ola de constitucionalismo social, que surge en países liberados de dictaduras totalitarias, va a constitucionalizar los derechos sociales en una dirección particular, la integración social²⁹. Es también el momento en que se opera una coincidencia entre el reconocimiento de los derechos sociales y el desarrollo de un Estado intervencionista de nuevo tipo, el Estado de Bienestar. En esta constelación concreta y compleja se fijan los fundamentos jurídicos dados a los derechos sociales hasta nuestros días.

La especificidad de esta nueva configuración del Estado social que constituye el Estado de Bienestar reside en su pretensión de eliminar la idea de particularidad de la necesidad, ligada a una categoría social determinada, que era consustancial a la primera matriz del Estado intervencionista. A través de la extensión del sistema de seguridad social a todos los ciudadanos, sin límites de ingresos, la idea de integración social toma la forma de la universalidad. La expresión clásica de esta concepción se encuentra en los célebres informes BEVERIDGE, de 1942 y 1944. Como sabemos, ese modelo busca eliminar las necesidades a tra-

vés de la institución de seguros sociales obligatorios. En efecto, para BEVERIDGE, la ausencia de la capacidad de ingresos (por la desocupación, pero también por la enfermedad, la invalidez, la vejez), es la causa de las necesidades de subsistencia. Pero esta universalización de la necesidad se inscribe siempre en una lógica de integración social, expresada ante todo en las políticas de pleno empleo que, como la subraya el propio BEVERIDGE, puede ser conseguido con una industria en manos privadas³⁰.

La nueva constitucionalización social que surge después de la segunda Guerra Mundial engarza en ese nuevo modelo de Estado intervencionista, aun cuando las nuevas constituciones, como la italiana de 1947, realicen una amplia recepción normativa de los derechos sociales, que incluye incluso un derecho al trabajo (art. 4.º). Si la Ley fundamental de Bonn no codificó, apegada a una vieja tradición alemana, los derechos fundamentales de carácter social (a excepción de la protección de la familia, art. 6.º, y el estatuto de los funcionarios públicos, art. 33)³¹, proclama en el artículo 20 y luego en el 28, el llamado principio de «Estado social» que condiciona la interpretación de su catálogo de derechos individuales, sobre todo a partir del principio de igualdad.

En Francia, los debates constituyentes de 1945-1946 pretenden dar cuenta a su vez del constitucionalismo social y del Estado intervencionista. El proyecto de Constitución del 19 de abril de 1946 había reconocido ampliamente, en la segunda parte de su Declaración de los derechos del hombre, los «derechos sociales y económicos» (arts. 22 al 39). Dicho catálogo se abría con la afirmación de que «todo ser humano posee, con respecto la Sociedad, los derechos que garantizan, en la integridad y la dignidad de la persona, su pleno desarrollo físico, intelectual y moral». Pero no se trataba de derechos

fundamentales en sentido estricto, desde el momento en que el segundo inciso del art. 22 señala que «la ley organiza el ejercicio de estos derechos». Luego del rechazo referendario de este proyecto, el Preámbulo de la Constitución definitivamente adoptada en octubre no volverá sobre los derechos sociales más que bajo la forma de «principios particularmente necesarios a nuestro tiempo», que entendían completar los viejos derechos de 1789. Si las vicisitudes y el fin de la IV República, por un lado, y la jurisprudencia refractaria de cara al Preámbulo de parte de la principal jurisdicción de la época, el Consejo de Estado, por el otro, parecieron apuntalar la debilidad del constitucionalismo social en Francia, su incorporación en el «bloque de constitucionalidad» definido por el Consejo Constitucional, ya bajo la V República, a partir de un conjunto de decisiones a finales de los años 1970, hicieron resurgir el problema del contenido de los enunciados del Preámbulo de 1946 frente a la cuestión jurídica de los derechos sociales³².

Este texto condiciona doblemente la discusión sobre el sentido jurídico de los derechos sociales: por un lado, los define como principios políticos, económicos y sociales, y no como derechos, pareciendo imponer así una concepción particular³³. Por el otro, les da un marco histórico-temporal preciso, al definirlos como «particularmente necesarios para nuestro tiempo», sujeto necesariamente a las evoluciones de signo contrario, que parece acrecentar aún más su fragilidad jurídica. Sin embargo, la propia redacción del Preámbulo parece mostrar que se trata en realidad, de derechos: se enuncian así un «derecho a obtener empleo», un «derecho de huelga», una «garantía de protección de la salud», etc. Es más, como fuera subrayado oportunamente, la constituyente había innovado en ciertos aspectos de los

derechos sociales, en particular con respecto al viejo «derecho al trabajo», que se encuentra separado de la noción del no menso antiguo derecho de asistencia, pese a que la interpretación del inciso 11 («derecho a obtener de la colectividad los medios convenientes de existencia»), tiende a integrar el «derecho al trabajo» dentro del «derecho de asistencia» para aquellos que no se encuentran en condición de trabajar³⁴.

Las nuevas constituciones europeas de los años 1970 compartirán con sus antecesoras de esta segunda mitad del siglo XX el hecho de surgir luego de (largas) experiencias dictatoriales. Pero, sobre todo, prolongaban de alguna manera las experiencias italiana y alemana en el plano del constitucionalismo social. La codificación más ambiciosa de derechos sociales se encuentra en la Constitución de Portugal de 1976, surgida de la llamada Revolución de los claveles, y tal vez fuera tentador inscribir los diferentes niveles de juridicidad alcanzados por los derechos sociales entre esta Constitución y su contemporánea española de 1978 —que, como viéramos en un comienzo, prefiere hablar ya solo de «principios rectores»—, en la distancia que separa un pasaje a la democracia constitucional por vía insurreccional, en un caso, o transicional, en el otro. Pero las revisiones constitucionales portuguesas de 1982 y 1989 “normalizaron” rápidamente algunas de sus potencialidades normativas, inscribiéndolas en el modelo-marco del Estado de Bienestar. La Corte constitucional portuguesa retomará incluso el llamado principio de *reserva de lo posible*, elaborado por la Corte alemana a principios de los años 1970 en su decisión *numerus clausus 1* para los derechos sociales que impliquen una prestación del Estado.

Un concepto jurídico sellará esta coincidencia entre el Estado de Bienestar y los

derechos sociales, «Estado social de derecho», cuyas raíces remontaban al debate weimariano. No obstante su lugar un tanto marginal en el *Grundgesetz* de 1949 (art. 28), conoció un cierto éxito, primero en el plano doctrinal, para pasar luego al derecho constitucional positivo: fue recogido en la Constitución española de 1978 (art. 1.º, inc. 1.º «España es un Estado social y democrático de derecho») y, de allí pasó, en los años 1990, a las nuevas constituciones de algunos países de América Latina (Colombia en 1991, art. 1.º, Paraguay en 1992, art. 1.º). En una decisión de la Corte constitucional alemana de principios de los años 1980, podemos leer toda la ambigüedad que encierra la noción: «El principio de Estado social instituye la obligación del Estado de establecer un orden social justo, el legislador dispone de un amplio margen de apreciación para el cumplimiento de esta obligación. El principio de Estado social confía una misión al Estado, pero no dice nada de la forma de realizarla en detalle —de otro modo, este principio entraría en contradicción con la democracia—»³⁵. Desde el momento en que la realización de un derecho social implica un gasto económico, la decisión no puede ser más que del resorte del legislador o de la administración, a riesgo de politizar la justicia³⁶. La doctrina alemana ha forjado la noción de derechos-directivas (*Massgabegrundrechte*), dirigidos, ante todo, al legislador.

La doctrina francesa ha dado cuenta de los derechos sociales con la categoría de derechos-deuda (*droits-créances*), en oposición a los derechos-libertades, que sigue siendo ampliamente mayoritaria hasta el día de hoy³⁷. Según JEAN RIVERO y GEORGES VEDEL, en un texto sobre el Preámbulo de 1946 que constituye el *framework* conceptual sobre la cuestión de los derechos sociales, «esos derechos suponen una acción positiva por parte del Estado, ya sea en vistas

a proveer prestaciones a los individuos (protección de la salud o de la familia, derecho a la cultura, etc.), o en vista de organizar la vida económica (asociación de trabajadores o la gestión empresarial, progresividad de los impuestos, derecho de propiedad)»³⁸. La noción de derechos-deuda, «por los cuales el individuo puede exigir del Estado prestaciones positivas»³⁹ reenvía a la idea de un «Estado deudor» de dichas prestaciones. Pero resulta difícil concebir esta categoría, dada la ausencia de sanción en caso de incumplimiento de la obligación, o, para decirlo de otro modo, el carácter no jurídico de tal «obligación». Si en el desarrollo actual del derecho supra-estatal (europeo e internacional) los mecanismos de sanción presentan una eficacia limitada para obligar a los Estados, se puede inferir que no se trata de auténticos derechos. En realidad, como lo admite RIVERO (p. 49), estas obligaciones no constituyen la contrapartida de un derecho reconocido al hombre. Al contrario, «hasta tanto el servicio público no haya sido creado, hasta tanto el Estado no haya reunido los medios para liberarse de esa deuda, el derecho del acreedor no puede ser ejercido»⁴⁰.

Este punto es esencial, porque bajo la teorización de un derecho a la prestación vemos reaparecer un elemento discrecional, que fuera propio a la tradición caritativa del primer Estado social, y que permitía justificar una política social activa, sin que ella implique el reconocimiento de derechos fundamentales a esas prestaciones (el ejemplo tradicional de BISMARCK). El carácter discrecional constituye justamente la diferencia entre política social y derechos sociales. Como lo escribe THIERS durante los trabajos de la Comisión de Asistencia y Previsión de 1850, «importa que esta virtud, cuando pasa a ser de particular, colectiva, de virtud privada a virtud pública, no

pierda ese carácter de virtud, es decir que se mantenga voluntaria, espontánea, libre de hacer o de no hacer, porque, de lo contrario, dejaría de ser virtud para convertirse en coacción».

* * *

Al final de este recorrido, parece posible reconocer dos lógicas actuantes en la construcción de la problemática de los derechos sociales fundamentales. Por un lado, aquella que tiende a hacer de esos derechos los vectores de un cambio (radical) de las relaciones sociales —el sentido polémico que ya denunciara FORSTHOFF—. Por el otro, una visión encaminada a la integración de las clases sociales en un Estado de Bienestar, y que deviene hegemónica a partir de 1945.

La inscripción de los derechos sociales en una modalidad específica de Estado, el Estado de Bienestar⁴¹, conlleva a un desplazamiento de sus fundamentos, o más exactamente, a la absolutización de una de sus vertientes, con todas las consecuencias que se derivan en el plano jurídico. Hemos subrayado que en este modelo los derechos sociales aparecen marcados doblemente por el signo del particularismo: un cierto tipo de “derechos” (a prestaciones “sociales” concretas), propio de una cierta categoría (los indigentes), para alcanzar su integración en el conjunto social.

Esta visión condiciona incluso a esa parte de la doctrina que pretende defender la universalidad de los derechos sociales a través de la categoría de “solidaridad”⁴². Ciertamente, las doctrinas solidaristas, ya en la versión clásica de LÉON BOURGEOIS se caracterizó para oponer la solidaridad, como derecho, a la caridad, como virtud. Esta doctrina puede fundar la idea de prestación en una deuda social, expresada en un cuasi-contrato. Sin embargo, el solidarismo no

es más que una concepción, por cierto avanzada, de integración de los indigentes, en la medida en que, como ya lo denunciara JAURÈS, no pone en cuestión la propiedad privada⁴³.

Sin duda, al proponerse una disminución de las desigualdades sociales, el modelo de Estado de Bienestar produce una cierta transformación social⁴⁴. Ya el socialdemócrata EDUARD HEIMANN, inspirador de HERMANN HELLER, había sostenido bajo la Constitución de Weimar que la política social era «la realización de las ideas sociales en el capitalismo contra el capitalismo», un cuerpo extraño al sistema, en suma, que lo conducía a cambios radicales (socialistas)⁴⁵. Pero el Estado intervencionista, tal como se desarrolla a partir de 1945, produce siempre transformaciones en vistas a la integración social, separando, de hecho, la política (social) de los derechos (sociales). Es por ello que aun las concepciones más radicales de esta vertiente, aquella que se piensa en términos de “ciudadanía social”, aspiran a un modelo de Estado en el cual la clase obrera se integra, en términos de igualdad, en la comunidad nacional.

Pareciera que los derechos sociales —comenzando por el derecho al trabajo, el más portador de radicalidad por razones históricas— no pueden ser teóricamente concebidos sin la asunción de un cambio correlativo en el régimen de propiedad. Lo que significa, en definitiva, asumir en ellos la lógica propia de los derechos del hombre del siglo XVIII, que eran pensados en términos de emancipación humana. Esto explica por qué solo esta lógica permite pensar los derechos sociales en términos de universalidad, hasta sus últimos fundamentos.

Pero es la importancia de las consecuencias jurídicas lo que nos interesa subrayar aquí, sobre todo si se piensa que las limitaciones del modelo de derecho a prestación

para rendir cuenta de una parte importante de los derechos definidos como sociales, ya sea por sus orígenes o por su repercusión, comenzando por el derecho de huelga, que no exige del Estado, contrariamente a lo que dejaría pensar el modelo, más que una acción puramente negativa. Para evitar estos inconvenientes, la doctrina tradicional se ve compelida a recurrir a adjetivos particulares ("social", "económico") para nombrar esas libertades públicas. Pero la contingencia del modelo de derecho a prestación aparece también frente a otros derechos "sociales", como el "derecho a la salud", que han sufrido evoluciones, por ejemplo en la reciente legislación francesa, que ponen el acento en la abstención del Estado —hasta el punto de hallarnos ante "declaraciones de derechos de los pacientes", pensados en la lógica de limitación de un poder absoluto (el del médico). Incluso el propio derecho al trabajo pudo ser concebido como un derecho que limita el poder de los patronos (por ejemplo el debate constituyente francés de 1946). Esto nos muestra el carácter complejo de los derechos llamados sociales, donde encontramos elementos que implican prestaciones, pero al mismo tiempo limitaciones⁴⁶.

Para precisar el carácter jurídico de los derechos sociales como derechos del hombre se debe tal vez operar un movimiento de signo inverso al de su desarrollo constitucional en la segunda mitad del siglo xx, desconectándolos justamente de un modelo histórico de Estado intervencionista, el Estado de Bienestar. En la base de esa conexión, entre tanto sólidamente establecida, entre derechos sociales y Estado de Bienestar se puede hallar más de una disfunción teórica, desde el momento en que el primer concepto deriva de la tradición revolucionaria del siglo xviii y en tanto que la segunda noción hace referencia a la aplicación de una

política social sin fundamento jurídico-constitucional, de fines del siglo xix. Sobre un plano algo más técnico, esta desconexión nos permite también relativizar el argumento, cercano a lo tautológico, que consiste en decir que los derechos sociales no son aplicables a falta de un procedimiento apropiado que corresponde en realidad a un cierto modelo de poder judicial. Aun considerándolos como meros derechos programáticos en una economía social de mercado, un tribunal, como lo hizo la Corte Constitucional colombiana en su decisión del 23 de septiembre de 1992 con respecto al derecho de salud, puede considerar que un principio «genera un derecho público subjetivo de inmediata aplicación»⁴⁷.

El paso por la política nos permitirá reencontrar la base teórica común a los derechos individuales y a los derechos sociales: la universalización.

CARLOS MIGUEL HERRERA

1. Texto de la conferencia pronunciada el 15 de junio del 2002 en la Humboldt-Universität de Berlín, en el marco del coloquio "Droits de l'homme, Grundrechte, Civil Rights", organizado por el Centre Marc Bloch Deutsch-Französisches Forschungszentrum für Sozialwissenschaft, Berlin, y publicado en francés, con el título "Sur le statut des droits sociaux fondamentaux. I — La constitutionnalisation du social" en las actas editadas por O. BEAUD y O. JOUANJAN (Kehl, 2003). Traducción española de M. PADRÓ. Esta versión se benefició de dos seminarios, dictados en los años 2002 y 2003, en el doctorado de "Derecho de las relaciones económicas y sociales" de la Universidad de Cergy-Pontoise.

2. Para una síntesis, ver Ch. AUTEXIER. *Introduction au droit public allemand*. París, 1997, p. 109.

3. Ver la posición de E. FORSTHOFF en la reunión de la Asociación alemana de profesores de derecho público en 1953, ahora en E. FORSTHOFF. *Rechtsstaat im Wandel*. München, 1976.

4. Esta puede ser una de las limitaciones de los análisis de HANNA ARENDT sobre la cuestión social en *On Revolution* (1963) que opera como si entre

1789 y MARX no hubiera tenido lugar la Revolución francesa de febrero de 1848, que ella descarta muy rápidamente. Por el contrario, es mérito de ANTON MENGER, y antes de LORENZ VON STEIN, el haber señalado su importancia.

5. Cit. en R. CASTEL. *Les métamorphoses de la question sociale*. París, 1999, p. 296. Ver también M. BORGETTO. *La notion de fraternité en droit public français*. París, 1993.

6. Cit. por M. BORGETTO. Ob. cit., p. 165.

7 Las investigaciones históricas han mostrado cómo el primer desarrollo del Estado social está ligado a la responsabilidad frente a los pobres, para transformarse luego en cuestión social. Para una síntesis, ver G. RITTER. *Der Sozialstaat. Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich*. Munich, 1989, p. 19. En Francia, los trabajos de síntesis definen a su vez la tesis; ver V. F. EWALD. *L'Etat providence*. París, 1986; P. ROSANVALLON. *L'Etat en France de 1789 à nos jours* [1990], París, 2002; R. CASTEL. *Les métamorphoses de la question sociale* [1995], París, 1999.

8. ROBESPIERRE, "Discurso del 2 de diciembre de 1792", en *Textes choisis*, t. II. París, 1957.

9. L. BLANC. "Le socialisme - Le droit au travail" [1848], en *Questions d'aujourd'hui et de demain*. París, t. IV, 1882, pp. 320-323 y 361.

10. P. J. PROUDHON. "Le droit au travail et le droit de propriété", *Oeuvres complètes*, nueva edición, París, 1926, t. X, p. 421; *Les confessions d'un révolutionnaire* [1849], *Oeuvres complètes*, cit., t. II, p. 217. Es «el destino de la Constitución política el de provocar y producir incesantemente la Constitución social». PROUDHON verá en la Constitución de 1848 un costado, un fondo socialista, «una expresión incompleta y disfrazada de la Constitución social», pero incompatible con las atribuciones políticas, lo que la condena a la impotencia (p. 222). Lo que equivaldría a decir que la reforma política no puede dar la reforma social.

11. J. GARNIER (ed.). *Le droit au travail à l'Assemblée nationale. Recueil complet de tous les discours prononcés dans cette mémorable discussion* [1848], reimpresión, París, 1984, p. 408.

12. *Ibid.*, p. VII.

13. A. TOCQUEVILLE. *Ecrits et discours politiques, Oeuvres complètes*, t. III, París, 1990. El discurso de THIERS en *Le droit au travail à l'Assemblée nationale*, cit. Sobre ese punto, véase también P. ROSANVALLON. *L'Etat en France*, cit., p. 158.

14. P. J. PROUDHON. *Idée générale de la Révolution au XIX^e siècle* [1851], París, 1979, pp. 167 y 168.

15. Encontramos las afirmaciones equivalentes en otros socialistas distintos de BLANC y PROUDHON, en los que parece ser, ante todo, una estrategia para hacerlo emerger en un texto constitucional que finalmente no lo reconoce.

16. L. V. STEIN. *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich, von 1789 bis auf unsere Tage* [1850], (ed. SALOMON), Munich, 1921, t. III, p. 193 y ss. STEIN considera que la forma de la Constitución es indiferente a las clases desposeídas, porque aunque sus intereses (sociales) fueran tomados en cuenta, esto no se haría más que de manera lenta.

17. A. MENGER. *El derecho al producto íntegro del trabajo en su desarrollo histórico* [1886]. Buenos Aires, 1944, pp. 19 y ss., *Neue Staatslehre* [1903], trad. francesa, p. 138.

18. A. CRAVIOTO, cit. en P. ROUAIX. *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución política de 1917* (1945). México, 1978, p. 72. ROUAIX fue el presidente de las comisiones encargadas de redactar estos artículos.

19. Como lo muestra la lectura de los diferentes "Planes" desde 1911, pero sobre todo a partir de 1913. Así, el reconocimiento constitucional de 1917 fué precedido de una importante legislación en los diferentes Estados, por vía de leyes y decretos durante las operaciones militares, que instauraron la jornada de trabajo, el salario mínimo, el descanso semanal obligatorio, la protección de los mineros, etc. Ver *Fuentes para la Historia de la Revolución Mexicana. I. Planes políticos y otros documentos* [1954]. México, 1974.

20. Cit. por J. SAYEG HELÚ. *La revolución mexicana a través de sus documentos fundamentales*, México, 1996, p. 203. CARRANZA había enviado a su principal jurista de confianza, José NATIVIDAD MACÍAS, a estudiar la legislación y las relaciones laborales a los Estados Unidos, así como la legislación inglesa y belga, que eran consideradas entre las más avanzadas de la época.

21. Citado por A. CÓRDOBA en "México. Revolución burguesa y política de masas", en *Interpretaciones de la Revolución mexicana* [1979]. México, 1994, p. 79 n. El autor habla de «uso contrainsurreccional de las reformas sociales» (p. 72).

22. Discursos de H. JARA (radical), cit. en G. FERRER MENDIOLEA. *Historia del Congreso Constituyente de 1916-1917*. México, 1957, p. 140.

23. El sentido dado por la Comisión era el de fijar «los derechos que les correspondan [a los trabajadores] en las relaciones contractuales con el capital, a fin de armonizar, en cuanto es posible, los

encontrados intereses de éste y del trabajo, por la arbitraria distribución de los beneficios obtenidos en la producción». Se habla así de reformas sociales con «prudencia y acierto». (ROUAIX. Ob. cit., p. 92).

24. RITTER. Op. cit., pp. 102 y 103.

25. C. SCHMITT. *Verfassungslehre* [1928]. Berlin, 1993, pp. 169 y 170, 181 y 182 (trad. española, pp. 174 y 184). El libro de SCHMITT, así como los análisis contemporáneos de SMEND sobre la fuerza integradora de los derechos fundamentales tuvieron un eco muy importante en la doctrina de la época, incluyendo la positivista. Véase, por ejemplo R. THOMA. "Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen", en H. C. NIPPERDEY (ed.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, t. I. Berlin, 1929.

26. H. HELLER. "Grundrechte und Grundpflichten" [1924], ahora en *Gesammelte Schriften*, t. II. Leiden, 1971, p. 286.

27. Cf. nuestro trabajo "La social-démocratie et le concept d'Etat de droit à Weimar" [2000], incluido ahora en traducción española en C. M. HERRERA. *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*. Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n.º 24. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. Ver también, G. RITTER, ob. cit., p. 76 y p. 118 n.

28. F. NEUMANN. "Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung". *Die Arbeit*, 1930, p. 582. Para una periodización del debate constitucional en la socialdemocracia weimariana, ver nuestro trabajo "Constitution et social-démocratie à Weimar". C. M. HERRERA (ed.), *Les juristes de gauche sous la République de Weimar*. París, 2002.

29. Aunque la existencia de una relación, también débil, entre la constitucionalización de los derechos sociales y un momento insurreccional puede ser rastreada en ciertas vetas del texto constitucional positivo o su interpretación jurisdiccional (compárese Italia con Alemania, o Portugal con España).

30. W. BEVERIDGE. *Full employment in a free society* [1944]. Londres, 1945, pp. 23 y 37. En realidad, la cuestión de la universalidad del sistema social de protección no parece ser el aporte más original de BEVERIDGE, en la medida que se encuentra ya en cierta tradición socialista inglesa. En particular, la idea era defendida en el informe sobre las *English Poor Law Policies* realizado por los socialistas BEATRICE y SIDNEY WEBB, de los que Beveridge fuera secretario. Los WEBB sostenían que el principio de universalidad, «sin consideración de la indigencia o de la incapacidad de procurarse recursos directa-

mente», debía ser el elemento nuevo del sistema de Asistencia pública en relación a los modelos precedentes del siglo XIX, y eran «incompatibles con la naturaleza misma de la administración de la indigencia». La negación total de la administración de la indigencia implica para ellos el principio de prevención de las causas de aparición de ese estado (p. 75). Ver S. y B. WEBB. *Le problème de l'Assistance publique en Angleterre* [1910]. París, 1912, pp. 17 y 47.

31. W. DAÜBLER, "Allemagne" en J. ILIOPOULOS-STRANGAS (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*. Atenas, Bruselas, Baden-Baden, 2000, p. 60.

32. Hasta bien entrados los años 1980, una parte importante de la doctrina sostuvo que el Preámbulo no constituía más que un conjunto de disposiciones desprovistas de efectos jurídicos directos. El desarrollo de la jurisprudencia del Consejo Constitucional en materia social-constitucional es relativamente reciente: podemos ubicarla, efectivamente, a fines de los años 1970, sobre todo a partir del reconocimiento del estatuto constitucional del derecho de los trabajadores a la determinación colectiva de las condiciones de trabajo, a la gestión de empresas y el derecho a huelga.

33. Así, según JEAN RIVERO, esos derechos no presentan «un valor universal y permanente». Cfr. *Les libertés publiques* [1974], t. 1, *Les droits de l'homme*. París, 1995, p. 85.

34. Véase la discusión de este tópico en C. A. COLLIARD. *Libertés publiques*, 6.ª ed. París, 1982, p. 782 y 783.

35. BVerfGE 59, 261 (Freie Mitarbeiter), 13/1/1982.

36. E. W. BÖCKENFÖRDE. "Théorie et interprétation des droits fondamentaux", trad. franc. en *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*. París, 2000, p. 272. Reconocemos aquí un argumento de vieja raigambre schmittiana, que ya había sido actualizado por E. FORSTHOFF.

37. La expresión clásica en RIVERO, *Les libertés publiques*, cit. La doctrina francesa actual ha argumentado en favor de esta categoría, porque ella insiste sobre el aspecto de la obligación de atribución de los bienes.

38. J. RIVERO y G. VEDEL. "Les principes économiques et sociaux de la Constitution: le Préambule", *Droit social*, 1947, p. 16. Es la misma posición de E. FORSTHOFF, para quien las garantías de los derechos sociales no observan la libertad, sino la participación. En ese sentido, los derechos liberales mantienen el

status quo, "Der Rechtsaat im Wandel", ob. cit.

39. J. RIVERO. "Constitutions et structures sociales", p. 4, J. RIVERO y G. VEDEL. "Les principes économiques et sociaux de la Constitution ...", cit., p. 34.

40. J. RIVERO. *Les libertés publiques*, cit., p. 100. Un argumento cercano se encuentra en BÖCKENFÖRDE, "Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge", en *Soziale Grundrechte*, Heidelberg, 1981, pp. 10 y 11.

41. Una investigación reciente distingue tres tipos de Estado de Bienestar: el liberal, el corporativista y el social-demócrata. Es en este último tipo donde los principios de universalización y desmercantilización de los derechos sociales alcanzan su mayor extensión, siendo a su vez el tipo menos corriente. Pero como el propio autor lo señala, este Estado opera bajo el modelo de integración capitalista, común a los tres tipos, cambiando solamente la forma de estratificación social. Ver G. ESPING-ANDERSEN. *Les trois mondes de l'Etat-providence* [1990]. París, 2000, pp. 41 y ss. Pero el autor utiliza la categoría de derechos sociales en un sentido general, no jurídico

42. Un ejemplo es dado por los trabajos muy ricos de M. BORGETTO. Pero la solidaridad no es más que una variante teórica de su fundamento, en una lógica de integración, y por lo tanto una reducción, como lo hace una parte de la doctrina francesa actual, de los fundamentos de los derechos sociales a la solidaridad. Dicho fundamento está presente en los análisis de la doctrina constitucional francesa desde los análisis de BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH al menos, que hablaba ya del control social de las libertades individuales y de la propiedad, y antes,

aunque de manera menos neta, en LÉON DUGUIT.

43. Sobre este punto, véase C. M. HERRERA. "Jean Jaurès et el droit social" [2000], traducción española en *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, cit.

44. Cfr. E. W. BÖCKENFÖRDE. "Naissance et développement de l'Etat de droit" [1969], en *Le droit, l'Etat...*, cit., p. 141. La teoría de BÖCKENFÖRDE es bien una concepción *sozialstaatlich*, es decir una teoría de los derechos sociales que se apoyan sobre una postura política determinada, aquella del Estado integrador.

45. E. HEIMANN. *Soziale Theorie des Kapitalismus. Theorie der Sozialpolitik*. Tübingen, 1929, p. 118, p. 225.

46. Sobre este punto, ver G. VAN HOOFF. "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views", en P. ALSTON y C. TOMASEVSKI (eds.). *The Right to Food*. Dordrecht, 1984, pp. 106 y 107 (y su discusión reciente en V. ABRAMOVICH y C. COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Barcelona, 2002, Cap. i).

47. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-533. En sus fundamentos jurídicos, la Corte colombiana separa dos modos de intervención ante la pobreza: las «causas estructurales, que son combatidas mediante políticas legislativas y macroeconómicas», y los "efectos", que exigen «una intervención estatal directa e inmediata», aunque excepcional. Pero la doctrina de la Corte, este fallo se funda en el principio de la deuda social del solidarismo, para interpretar el principio de «solidaridad social» reconocido por la Constitución de 1991.