

Los Derechos Fundamentales Sociales antes y después de la Constitución de Querétaro: origen, evolución y perspectivas

Os Direitos Fundamentais Sociais antes e depois da Constituição de Querétaro: origem, evolução e perspectivas

Carlos Ruiz Miguel

Catedrático de Derecho Constitucional na Universidad de Santiago de Compostela (España).

E-mail: ruizmiguel@imed.edu.br

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 13, n. 2, p. 62-98, Mai.-Ago. 2017 - ISSN 2238-0604

[Recebido: Ene. 10, 2017; Aprobado: Abr. 11, 2017]

DOI: <http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13n2p62-98>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui!](#) / [click here!](#)

Resumen

La Constitución mexicana aprobada en Santiago de Querétaro en 1917 constituye uno de los hitos de la historia del constitucionalismo. Este trabajo es una reflexión sobre los derechos sociales antes de, en y después de la Constitución de Querétaro. Tras (I) precisar qué concepto se maneja de derechos fundamentales sociales, (II) se toman en consideración los antecedentes existentes en el constitucionalismo, para luego (III) tratar del asunto en la Constitución de Querétaro de 1917, y después (IV) analizar el impacto posterior de este reconocimiento. Esta contribución concluye con (V) una reflexión sobre la teoría y la situación de los derechos sociales cien años después, a la vista del impacto de la crisis fiscal del Estado, la inmigración y la globalización.

Palabras-clave: Constitución de Querétaro de 1917. Derechos Sociales. Crisis Fiscal del Estado.

Resumo

A Constituição mexicana aprovada em Santiago de Querétaro em 1917 constitui um dos marcos da história do constitucionalismo. Este trabalho é uma reflexão sobre os direitos sociais antes de, em e depois da Constituição de Querétaro. Busca-se (I) precisar que conceito de maneja de direitos fundamentais sociais, (II) se consideram os antecedentes existentes no constitucionalismo, para logo (III) tratar do assunto na Constituição de Querétaro de 1917, e depois (IV) analisar o impacto posterior deste reconhecimento. Esta contribuição conclui com (V) uma reflexão sobre a teoria e a situação dos direitos sociais cem anos depois, em vista do impacto da crise fiscal do Estado, a imigração e a globalização.

Palavras-chave: Constituição de Querétaro de 1917. Direitos Sociais. Crise Fiscal do Estado.

I. Precisión conceptual: de qué hablamos cuando hablamos de Derechos Fundamentales Sociales

La Constitución de Querétaro cuyo centenario se cumple ahora constituye un hito en la historia de los “derechos sociales”. Pero ¿qué entendemos por “derechos sociales”? Para una mejor comprensión del problema planteado conviene delimitar adecuadamente los conceptos y de ahí que sea necesario realizar un doble orden de consideraciones. En primer lugar, cumple esclarecer qué se entiende por “derechos fundamentales” y, en segundo lugar, qué se entiende por “derechos sociales”.

I.1. Por un lado, aquí se pretende tratar sobre “*derechos fundamentales*”. Y por “derechos fundamentales” se entiende una categoría compuesta por derechos subjetivos reconocidos por la norma fundamental, o sea, la Constitución. En consecuencia, no se consideran, sea cual sea la denominación utilizada por la norma, aquellas instituciones que no configuran auténticos “derechos subjetivos”. En efecto, puede ocurrir que reciban el calificativo de “derechos”, pronunciamientos jurídicos que no lo son, aunque se utilice ese sustantivo¹.

En primer lugar, a efectos de nuestra tesis, los “derechos fundamentales” son, y no pueden dejar de ser, so pena de dejar de ser “derechos”, derechos subjetivos². Entendemos por “derechos subjetivos”, como lo hizo Ihering, unos intereses individuales jurídicamente protegidos³. En consecuencia, para poder hablar de “derechos subjetivos” debemos hablar de intereses individuales de determinados sujetos, los cuales pueden hacerse valer a iniciativa del propio sujeto. Esta

1 Es el caso, como veremos, de los “derechos” contenidos en el título III de la Constitución portuguesa de 1976 o los “derechos” contenidos en el capítulo III del Título I de la Constitución Española (artículos 39-52) de 1978 no son derechos subjetivos según disponen los artículos 18 y 53.3 de las respectivas Constituciones.

2 No puede por ello compartirse la idea de que “bajo el punto de vista jurídico-constitucional” se apuntan “cuatro posibilidades de conformación jurídica de los derechos sociales, económicos y culturales”: 1) como normas programáticas, 2) como normas de organización, 3) como garantías institucionales y 4) como derechos subjetivos públicos. Cfr. Jose Joaquim Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Almedina, Coimbra, 2002 (6ª ed.), p. 472-473. Un norma constitucional que establece un derecho fundamental puede TAMBIÉN tener una dimensión objetiva (norma de organización) o valorativa, pero no puede NO ser un derecho subjetivo pues entonces ya no es un derecho fundamental.

3 Rudolf von Ihering, **Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung** (1852-1858), Benno Schwabe & Co. Verlag, Basilea, 1954 (8ª ed.), Tercera Parte nº LX, p. 339 (“Rechte sind rechtlich geschützte Interessen”). Existe una traducción parcial al castellano de esta voluminosa obra, **Abreviatura de El espíritu del Derecho Romano**, trad. De Fernando Vela, Revista de Occidente, Buenos Aires, 1947 (el pasaje central está en la p. 429).

pretensión, insisto, por iniciativa del individuo titular del derecho, tiene que poder hacerse valer ante algún poder público⁴.

En segundo lugar, los “derechos subjetivos” pueden consagrarse en instrumentos jurídicos de muy diverso rango: desde una Constitución, a un acuerdo internacional (que puede generar derechos subjetivos en un Estado con un modelo monista de relación entre el Derecho interno y el Derecho Internacional⁵, pues en el mismo las normas internacionales debidamente ratificadas pasan a formar parte del ordenamiento interno), una ley, un convenio colectivo, un reglamento administrativo, un acto administrativo o un contrato privado. Aquí, sin embargo, hablamos sólo de aquellos “derechos subjetivos” que están reconocidos en la norma jurídica fundamental, la Constitución. En ese sentido los derechos “fundamentales” son los derechos “constitucionales”, es decir aquellos derechos subjetivos establecidos por la Constitución, norma fundamental del ordenamiento jurídico. En este sentido, en principio, todos los “derechos constitucionales” que sean, verdaderamente, derechos subjetivos, son derechos fundamentales.

Conviene advertir, a este respecto, frente a la frecuente tentación de convertir al juez, no ya sólo en “legislador”, sino incluso en “constituyente”. Algunos autores han pretendido argumentar que el proceso judicial, en lugar de ser la *consecuencia* de la calificación de una institución como “derecho subjetivo”, se convierte en el *medio* para convertir en “derecho subjetivo” lo que el poder constituyente, soberanamente, no ha calificado como tal⁶. Este tipo de técnica fue utilizada por el Tribunal Constitucional peruano en algunas sentencias⁷ en la que convierte en “derecho subjetivo” un derecho (protección de la salud ante determinadas enfermedades) que la Constitución no consideraba tal. Para ello se acudió, a mi modo irregularmente, al constructo de la “inconstitucionalidad por omisión”⁸, estimando que el legislador había omitido su

4 Pfersmann precisa que ese poder público debe ser un tribunal de justicia. Cfr. Otto Pfersmann, “Esquisse d’une théorie des droits fondamentaux en tant qu’objets juridiques”, en Louis Favoreu et alii, **Droit des libertés fondamentales**, Dalloz, París, 2012 (6ª ed.), p. 63 ss. (p. 75).

5 Sobre el modelo monista, véase, Carlos Ruiz Miguel, **La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un estudio sobre la relación entre el Derecho nacional y el internacional** Tecnos, Madrid, 1997, p. 87 ss.

6 Una exposición de esta teoría, con referencia a varios autores que la sustentan, en Marco Ricardo Staffen y Octaviano Langer, “Considerações sobre a exigibilidade judicial dos direitos sociais num Estado democrático de Direito”, **Revista de Estudos Jurídicos UNESP** vol. 15, nº 22 (2011), p. 387 ss. (p. 400-401).

7 Sentencias del Tribunal Constitucional de Perú de 19 de noviembre de 2002 (exp. 1429-2002-HC/TC, caso Juan Islas Trinidad y otros) y de 20 de abril de 2004 (exp. 2945-2003-AA/TC, caso de Azanca Alhelí Meza García).

8 Este tipo de constructo parece apoyado por una mayoría de autores en el ámbito iberoamericano; sin embargo, un sector minoritario se opone al mismo. Para una crítica al mismo vid. Carlos Ruiz Miguel, “La judicialización del Derecho europeo y la llamada inconstitucionalidad por omisión”. **Revista Brasileira de Direito**, v. 11, n. 1, 2015. p. 20 ss.

obligación de legislar. Esta posibilidad de “judicializar” los derechos sociales ha sido apuntada también por Georgitsi (que no menciona esta sentencia), si bien esta autora advierte que para ello sería necesario que el Derecho positivo hubiera previsto la “sanción” (consecuencia) de la declaración de la omisión, lo que está claro que no era el caso en el Derecho peruano⁹.

I.2. Por otro lado, se trata aquí de “derechos sociales”, o sea, de derechos subjetivos de tipo “social”, como algo diferente de lo civil o político¹⁰.

En primer lugar, debe quedar claro que en esta categoría se incluyen sólo aquellos que sean auténticos “derechos subjetivos”. Quedan excluidas de esta consideración aquellas formulaciones que, aunque empleen el término “derechos” no establecen un interés o pretensión individual protegible por el ordenamiento jurídico a iniciativa del propio interesado. En efecto, principalmente en el siglo XX se han introducido normas constitucionales que no son ya sólo de “derechos” o de “organización”, sino también normas que establecen “políticas públicas”. Queda claro que cuando una norma establece un mandato a los poderes públicos para llevar a cabo una determinada “política” social no nos encontramos ante una pretensión individual cuya satisfacción pueda reclamar, individualmente, el propio sujeto. Tampoco hay un derecho cuando una norma constitucional establece un “principio” que constituye una norma de Derecho objetivo.

Este tipo de derechos se llaman “sociales” porque, a diferencia de los derechos “civiles” y “políticos”, no se atribuyen a todos los ciudadanos (“*cives*”) ni a todos los miembros de la comunidad política, sino a individuos pertenecientes a ciertos grupos o clases sociales¹¹. Naturalmente, se trata de los grupos o clases sociales más desfavorecidos, razón por la cual no pueden, por sus propios medios, proveer a la satisfacción de esos intereses. Por el contrario, las clases o grupos favorecidos, aunque también puedan tener beneficiarse eventualmente de estos derechos, no tienen una necesidad de reclamar la consagración de ese interés como derecho subjetivo constitucional (es decir, derecho fundamental). En consecuencia, estos derechos se diferencian de los derechos civiles y políticos en que éstos últimos protegen intereses comunes a todos (la vida, la libertad, la propiedad –por pequeña que sea, y que en

9 Evangelia Georgitsi, “De l’ ‘impossible justiciabilité’ des droits sociaux fondamentaux”, en Julia Iliopoulos-Strangas y Theunis Roux, **Perspectives nationales et internationales des droits sociaux**, Sakkoulas/Bruylant, Atenas/Bruselas, 2008, p. 29 ss. (p. 48-50).

10 La Constitución peruana de 29 de diciembre de 1993 en su artículo 7 dispone que “Todos tienen derecho a la protección de su salud”, sin embargo, la disposición final y transitoria 11ª dice que: “Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”. Dado que el derecho a la protección de ciertas enfermedades NO estaba garantizado en el momento de aprobarse la Constitución, queda claro que esa cobertura no era considerada un derecho subjetivo.

11 En este sentido también define los “derechos fundamentales sociales” Georgitsi, “De l’ ‘impossible justiciabilité’ des droits sociaux fondamentaux”, cit., p. 39.

la teoría liberal incluye a los más pobres que son “propietarios” de su trabajo-), sin embargo, los derechos sociales protegen intereses de grupo, concretamente del grupo de los ciudadanos más pobres y desvalidos en términos económicos.

I.3. Se han formulado algunas objeciones a la categoría de los derechos fundamentales sociales. Quizá las dos más importantes son las que han planteado Carl Schmitt y Ernst Forsthoff. El primero formula sus objeciones desde una perspectiva formal, conceptual (pero en el fondo material), por entender que la categoría de los derechos sociales no es subsumible en el concepto mismo de “derechos fundamentales”. El segundo, discípulo del anterior, junto a esa misma objeción aparentemente formal-conceptual, plantea también objeciones materiales.

I.3.A. Carl Schmitt planteó en 1928, a propósito de la Constitución alemana de Weimar de 1919 la cuestión de si los derechos sociales (“derechos a prestaciones del Estado”) podían ser considerados como derechos fundamentales. Schmitt parte de considerar que los derechos fundamentales son una esfera de libertad “ilimitada en principio” frente a las facultades “limitadas” que tiene el Estado. De hecho, el Estado se crea para asegurar esos derechos, que, además, son derechos “contra el Estado”¹². Partiendo de esa premisa conceptual se puede explicar que Schmitt argumente por qué, a su juicio, los “derechos sociales” no son auténticos derechos fundamentales. La argumentación de Schmitt no se basa en que tales derechos no sean o no puedan no pudieran ser considerados como “derechos subjetivos” y, de hecho, no queda claro que Schmitt cuestione esa posibilidad. Lo que Schmitt niega es que los derechos sociales puedan ser considerados derechos “fundamentales”. Y ello por las siguientes razones. En primer lugar, porque los “derechos sociales” no pueden ser “ilimitados”, como son los derechos fundamentales, dado que un derecho a prestaciones ajenas es limitado, máxime cuando es un derecho de todos a prestaciones del Estado. Además, en segundo lugar, estos derechos sociales presuponen la existencia de un Estado al que se incorpora el individuo¹³. En definitiva, dado que los derechos sociales protegen intereses consistentes en recibir prestaciones del Estado no es posible concebir esos derechos antes del establecimiento del Estado o contra el mismo Estado, razón por la cual Schmitt considera que no son derechos fundamentales.

Pero la respuesta a la cuestión de si los derechos sociales son derechos fundamentales es muy diferente si se cambia el concepto de la fundamentalidad, no basándolo en un criterio sustantivo, de raíz teórica liberal (la protección del individuo *frente* al Estado), y por un criterio positivo, formal. En este trabajo nosotros vamos a partir de la segunda posición, que es muy diferente a la adoptada por el maestro alemán. A nuestro juicio, la determinación de qué sea un “derecho fundamental”

12 Carl Schmitt, **Teoría de la Constitución** (1928), trad. De Francisco Ayala (1934), Alianza, Madrid, 1982, p. 165.

13 Schmitt, **Teoría de la Constitución**, cit., p. 174.

se puede hacer sin arreglo a un criterio sustantivo de tipo liberal: basta un criterio formal, esto es, jurídico-positivo. Un “derecho fundamental”, en consecuencia, no tiene por qué corresponderse con las categorías de lo que Schmitt llamaba “derechos del individuo aislado” o “derechos del individuo en relación con otros” (categorías que se corresponden con las pretensiones que el individuo pretende proteger antes de constituir el Estado a través del pacto social, según la teoría del constitucionalismo liberal). Para identificar un derecho fundamental basta que haya un derecho subjetivo reconocido en la Constitución, norma fundamental del Estado. Cuando ese derecho fundamental se dedica a la protección de los grupos económicamente más desfavorecidos, nos encontramos ante un “derecho fundamental social”. Ahora bien, esto no termina con los problemas, como se verá con la crítica de Forsthoff.

I.3.B. La crítica de Forsthoff, en parte, inspirada en la de su maestro Schmitt es quizá la más aguda y desarrollada y se despliega en las dimensiones formal y material.

I.3.B.a. Formalmente, como Schmitt, en primer lugar, Forsthoff considera que la Constitución está indicada por su lógica y por su estructura para la “garantía de la libertad” que significa “distanciamiento del Estado”, mientras que en el caso de “la previsión de la existencia” (los derechos sociales) el interés del individuo es opuesto ya que “se trata de asegurar su participación en los servicios del Estado”¹⁴. Por lo demás, en segundo lugar, añade Forsthoff, la constitucionalización de los derechos sociales como “derechos fundamentales” implica alterar el que, para él, es un elemento estructural del Estado de Derecho que es la subordinación del poder ejecutivo a la ley, puesto que si estos derechos sociales fueran fundamentales, el poder ejecutivo podría aplicarlos directamente sin mediación del legislativo.

Materialmente, por un lado, esos derechos de participación, según Forsthoff, “carecen de un contenido constante, susceptible de reglamentación previa”, por lo que “necesitan modulación y diferenciación puesto que sólo son razonables en el marco de lo oportuno necesario y posible, según el caso concreto”¹⁵. Extender la categoría de los derechos fundamentales a los “derechos fundamentales sociales”, es un intento condenado al fracaso porque formulaciones de este tipo “no son aptas para fundamentar derechos y deberes concretos”¹⁶. Además, por otro lado, a su juicio, la Constitución del Estado de Derecho es “una Constitución de garantías y, puesto que sólo se puede garantizar lo que ya existe y no un mero plan o programa,

14 Ernst Forsthoff, **El Estado de la sociedad industrial**, trad. De Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975 (ed. original alemana, 1971), p. 124.

15 Ernst Forsthoff, “Concepto y esencia del Estado social de Derecho”, en Wolfgang Abendroth, Ernst Forsthoff y Karl Doehring, **El Estado social**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 69 ss., p. 87. Este estudio de Forsthoff se publicó originalmente en 1975.

16 Forsthoff, **El Estado de la sociedad industrial**, cit., p. 258.

dicha constitución se vincula en gran medida al *statu quo* social¹⁷. ejecutivo debería aplicarlos aun sin mediación de la ley¹⁸.

I.3.B.b. Los argumentos de Forshtoff son susceptibles de ser combatidos con diversos contra-argumentos.

Al primero de los reproches, aparentemente formales, de Forsthoff se le pueden oponer dos objeciones. Por un lado, los llamados derechos de “garantía” también son derechos de “participación”, pues los instrumentos de “garantía” del Estado sólo pueden operar si, también ellos, reciben la oportuna financiación del Estado y esa financiación se decide, también, en un proceso de “participación” (ley de presupuestos). En efecto, derechos civiles y políticos como el derecho a la libertad y seguridad de los ciudadanos o el derecho a la tutela judicial dependen, en su ejercicio, de que el Estado decida crear, mantener o cerrar establecimientos de policía, tribunales o establecimientos penitenciarios, lo cual son decisiones con innegables implicaciones financieras. Pero además, hay derechos “sociales” que no implican una decisión sobre la “participación” en los presupuestos del Estado (por ejemplo: el derecho a la negociación colectiva o el derecho al descanso semanal en el contrato de trabajo).

Frente al segundo argumento formal de Forsthoff cabe recordar que, ya antes de la aparición del Estado social, en el Estado de Derecho hay normas constitucionales que son directamente aplicables por el Ejecutivo, como son las normas de organización. Las regulaciones constitucionales de la relación entre el Ejecutivo y el Legislativo son directamente aplicables y no precisan para su efectividad de que se dicte una ley de desarrollo de la previsión constitucional.

Respecto al tercer reproche, material, debe decirse que hay derechos civiles y políticos cuyo contenido también es modulable: piénsese por ejemplo en los requisitos para el ejercicio del derecho de reunión en lugares públicos o para interponer recursos ante los tribunales; por otro lado,

Finalmente, en cuanto al cuarto argumento, material, el hecho de que una Constitución garantice un “statu quo” tampoco es óbice para el reconocimiento de los derechos sociales. Piénsese, por ejemplo, en la situación de países como Italia o España que desarrollaron derechos sociales antes de la aprobación de las Constituciones de 1947 y 1978, respectivamente, lo que hizo que la constitucionalización de ciertos derechos sociales fuera la elevación del “status quo” al rango constitucional.

Ahora bien, dicho todo esto, no es menos cierto que aunque también varios derechos clásicos civiles y políticos sean modulables, el hecho es que esa modulabilidad que es especialmente intensa en los derechos sociales hace que su ejercicio se halla especialmente condicionado no sólo por el modo en que en un proceso de “participación” se decida el reparto de los recursos públicos, sino también por las

17 Forsthoff, “Concepto y esencia del Estado social de Derecho”, cit., p. 85.

18 Forsthoff, “Concepto y esencia del Estado social de Derecho”, cit., p. 84.

propias circunstancias socio-económicas. El hecho de que los derechos sociales sean, normalmente, más “caros” para el Estado que los derechos civiles y políticos implica que en una situación de crisis económica sean los más (aunque no sean los únicos) afectados por la misma.

II. Origen: los Derechos Fundamentales Sociales antes de la Constitución de Querétaro

La categorización de los derechos sociales como derechos fundamentales ya se hizo antes de la Constitución mexicana de 1917. Hay cuatro importantes antecedentes a este respecto que son el proyecto constitucional girondino de 1793 y las Constituciones francesas de 1793 y de 1848 y la alemana de 1849.

II.1. El *proyecto constitucional de los girondinos, presentado a la Convención nacional el 15 y 16 de febrero de 1793*, es quizá el primer texto constitucional que pretende ir más allá de la proclamación de derechos civiles y políticos “liberales”. Este proyecto aparece encabezado por una “Declaración de derechos humanos naturales, civiles y políticos”. Dentro de esta “Declaración” se hallan los artículos 23 a 25 que contienen cláusulas de contenido social: el artículo 23 dice que “la instrucción elemental es una necesidad de todos y la sociedad la debe igualmente a todos sus miembros”¹⁹; el artículo 24 establece que “los socorros públicos son una deuda sagrada de la sociedad; y corresponde a la ley determinar la extensión de su aplicación”²⁰; el artículo 25, finalmente, dispone que “la garantía social de los derechos reposa sobre la soberanía nacional”²¹. Es evidente que estos artículos no formulan expresamente “derechos subjetivos”. Por lo demás, tanto la “instrucción” como la prestación de “socorros públicos” quedan configuradas como deudas de la “sociedad” cuya concreción debe hacerse por la ley.

II.2. La *Constitución francesa de 24 de junio de 1793* es la primera del mundo que incluye en su articulado derechos sociales. Esta Constitución fue obra de los sectores revolucionarios más radicales. El texto de esta constitución fue elaborada por la Convención (parlamento) purgada de sus elementos más moderados y se halla claramente influido por el proyecto girondino de febrero de ese mismo año.

19 “L’instruction élémentaire est le besoin de tous, et la société la doit également à tous ses membres”.

20 “Les secours publics sont une dette sacrée de la société ; et c’est à la Loi à en déterminer l’étendue et l’application”.

21 “La garantie sociale des droits repose sur la souveraineté nationale.”. Por lo demás, el artículo 29 precisa que la “garantía social” no puede existir allí donde no están establecidos por ley los límites de las funciones públicas y donde se asegure la responsabilidad de los funcionarios” (“La garantie sociale ne peut pas exister là où les limites des fonctions publiques ne sont pas clairement déterminées par la Loi, et où la responsabilité de tous les Fonctionnaires publics n’est pas assurée”).

Fue aprobada por dicha Convención el 24 de junio de 1793, y luego fue aprobada en plebiscito el 9 de agosto (si bien cinco de los siete millones de electores se abstuvieron), siendo promulgada el 10 de agosto. Sin embargo, nunca llegó a entrar en vigor. Esta Constitución incluye varias cláusulas dentro de su “Declaración de derechos del hombre y del ciudadano” que tienen un contenido social en sus artículos 21 a 23, a los que cabe añadir el artículo 123 que se halla en otra parte de ese texto constitucional.

El artículo 21 dispone que “los socorros públicos son una deuda sagrada” y que “la sociedad debe proveer a la subsistencia de los ciudadanos desafortunados, ya sea procurándoles trabajo, ya sea asegurando los medios de existencia a quienes han superado la edad de trabajar”²². El artículo 22 por su parte establece que “la instrucción es una necesidad de todos” y que “la sociedad debe favorecer en todo lo posible el progreso de la razón pública y poner la instrucción al alcance de todos los ciudadanos”²³. El artículo 23, finalmente, declara que “la garantía social consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos”²⁴. A estos artículos contenidos dentro de la “Declaración de derechos” de la Constitución de 1793 debe añadirse el artículo 122, dentro de la rúbrica “La garantía de los derechos”, que dice que “*la Constitución garantiza a todos los franceses la igualdad, la libertad, la seguridad, la propiedad, la deuda pública, el libre ejercicio de cultos, una instrucción común, socorros públicos, la libertad indefinida de la prensa, el derecho de petición, el derecho a reunirse en asociaciones populares, el gozo de todos los derechos humanos*”²⁵ (énfasis mío).

La Constitución de 1793 no establece, de forma expresa un “derecho a los socorros públicos” o un “derecho a la instrucción” en sus artículos 21²⁶ y 22, pero los artículos 23 y 122 no dejan lugar a duda de que “la sociedad” tiene un “deber” en este sentido y que la “Constitución” “garantiza” a los franceses los socorros públicos y una instrucción común. En definitiva, en materia social (socorros públicos e instrucción) no se llegan a formular, explícitamente, unos derechos fundamentales de contenido social,

22 “Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d’exister à ceux qui sont hors d’état de travailler”.

23 “L’instruction est le besoin de tous. La société doit favoriser de tout son pouvoir les progrès de la raison publique, et mettre l’instruction à la portée de tous les citoyens”.

24 “La garantie sociale consiste dans l’action de tous, pour assurer à chacun la jouissance et la conservation de ses droits ; cette garantie repose sur la souveraineté nationale”.

25 “La Constitution garantit à tous les Français l’égalité, la liberté, la sûreté, la propriété, la dette publique, le libre exercice des cultes, une instruction commune, des secours publics, la liberté indéfinie de la presse, le droit de pétition, le droit de se réunir en sociétés populaires, la jouissance de tous les Droits de l’homme”.

26 Forsthoff, tratando sobre este art. 21 dice que “se agota en una frase programática que nada otorga en concreto y que se limita a proclamar una obligación cuya precisión y cumplimiento abandona al legislador y a la administración” (Cfr. Ernst Forsthoff, “Concepto y esencia del Estado social de Derecho”, cit., p. 75).

si bien se imponen a la sociedad unos deberes de proveer a esos intereses, unos deberes que la Constitución “garantiza”. Sin embargo, no queda claro que se haya ido más lejos de introducir unas normas que establecen “fines” a la acción del Estado o de la sociedad y unos mandatos de acción política.

II.3. La *Constitución francesa de 4 de noviembre de 1848* sigue la línea marcada por la Constitución de 1793. Las disposiciones de tipo “social” se incluyen en varios pasajes del Preámbulo y en un artículo que se halla dentro del capítulo dedicado a los derechos de los ciudadanos garantizados por la Constitución.

El Preámbulo de la Constitución de 1848 contiene pronunciamientos relevantes en sus apartados I y VIII. En el apartado I, se dice que, al constituirse en república, Francia se propone, entre otras cosas, “asegurar un reparto cada vez más equitativo de las cargas y de las ventajas de la sociedad”²⁷. Más relevante es el apartado VIII en el que se dice que la república debe “poner al alcance” de todos los ciudadanos “la instrucción indispensable para todos los hombres” y debe, mediante una “asistencia fraterna” asegurar la existencia de “los ciudadanos necesitados”, ya sea “procurándoles trabajo dentro de los límites de sus recursos, ya sea procurándoles, “en defecto de la familia, socorros a todos los que ya no están en edad de trabajar”²⁸.

Por su parte, dentro del capítulo II del texto de la Constitución, dedicado a “los derechos de los ciudadanos garantizados por la Constitución” se encuentra el artículo 13 que, después de garantizar a los ciudadanos la libertad de trabajo y de industria, dice que “*la sociedad favorece y estimula el desarrollo del trabajo mediante la enseñanza primaria gratuita, la educación profesional, la igualdad de las relaciones entre el patrón y el obrero, las instituciones de previsión y de crédito [...] el establecimiento por el Estado [...] de trabajos públicos susceptibles de emplear a los brazos sin ocupación*”. Asimismo dice que la sociedad “*proporciona asistencia a los niños abandonados, a los enfermos y a los viejos sin recursos y a los que sus familias no pueden socorrer*”²⁹ (énfasis míos).

27 “La France s’est constituée en République. En adoptant cette forme définitive de gouvernement, elle s’est proposée pour but de marcher plus librement dans la voie du progrès et de la civilisation, d’assurer une répartition de plus en plus équitable des charges et des avantages de la société”.

28 “La République doit protéger le citoyen dans sa personne, sa famille, sa religion, sa propriété, son travail, et mettre à la portée de chacun l’instruction indispensable à tous les hommes; elle doit, par une assistance fraternelle, assurer l’existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d’état de travailler”.

29 “La Constitution garantit aux citoyens la liberté du travail et de l’industrie. La société favorise et encourage le développement du travail par l’enseignement primaire gratuit, l’éducation professionnelle, l’égalité de rapports, entre le patron et l’ouvrier, les institutions de prévoyance et de crédit, les institutions agricoles, les associations volontaires, et l’établissement, par l’Etat, les départements et les communes, de travaux publics propres à employer les bras inoccupés ; elle fournit l’assistance aux enfants abandonnés, aux infirmes et aux vieillards sans ressources, et que leurs familles ne peuvent secourir”.

La Constitución de 1848 deja claro que estas disposiciones pretenden atender a las necesidades de un grupo social determinado, el de “los ciudadanos necesitados”. Ahora bien, como en 1793 aquí el articulado de la Constitución de 1848 dice que la “sociedad” es quien proporciona “la enseñanza primaria gratuita” y “asistencia a los niños abandonados, a los enfermos y a los viejos sin recursos y a los que sus familias no pueden socorrer”. Es interesante ver a este respecto que, mientras el Preámbulo de la Constitución de 1848 dice que es “la república” la que debe procurar “en defecto de la familia, socorros a todos los que ya no están en edad de trabajar”, el articulado atribuye esa asistencia a la “sociedad”. Y es igualmente interesante advertir que el artículo 13 habla del “establecimiento por el Estado [...] de trabajos públicos susceptibles de emplear a los brazos sin ocupación”, pero el Preámbulo habla de procurarles trabajo “dentro de los límites de sus recursos” de la república.

Como ocurría en la Constitución de 1793, aquí no encontramos un texto que diga, explícitamente, que se reconoce un “derecho a la enseñanza” o un “derecho a la asistencia social”. Es difícil considerar que se establece en esta Constitución un “derecho subjetivo” a la asistencia social y, como en la Constitución de 1793, no parece que se haya ido más lejos de introducir unas normas que establecen “fines” a la acción del Estado o de la sociedad y unos mandatos de acción política. Ahora bien, en relación con la enseñanza primaria quizás sí se pueda hablar de un “derecho subjetivo”. En efecto, mientras la Constitución de 1793 decía que “la sociedad debe favorecer en todo lo posible el progreso de la razón pública y poner la instrucción al alcance de todos”, la Constitución de 1848 deja claro que establece la “enseñanza primaria gratuita”. Y por ello mismo parece que puede hablarse de un “derecho subjetivo” a no pagar por la enseñanza primaria.

Esta Constitución se aprobó en noviembre de 1848, meses después de que en febrero de ese mismo año Marx y Engels publicaran su “Manifiesto del partido comunista” que afirmaba que una de las medidas que deberían adoptarse por el partido comunista al tomar el poder sería la “educación pública y gratuita para todos los niños”³⁰. Marx y Engels no configuraban esa medida como un “derecho subjetivo”, lo cual es ciertamente coherente con el sistema que proponían, pero sin duda la medida se proponía para ser puesta en práctica como una disposición jurídicamente vinculante.

II.4. Un año después de esta última constitución francesa se elaboró la *Constitución del imperio alemán de 28 de marzo de 1849*, aprobada en la iglesia de San Pablo de Frankfurt (por lo que se le conoce como la “Constitución de Frankfurt” o la “Constitución de San Pablo”). El título VI de esta Constitución trata de “los derechos

30 Karl Marx y Friedrich Engels, **Manifest der Kommunistischen Partei**, Office der „Bildungs-Gesellschaft für Arbeiter” von I. E. Burghard, Londres, 1848, p. 16 (“10. Oeffentliche und unentgeldliche Erziehung aller Kinder. Beseitigung der Fabrikarbeit der Kinder in ihrer heutigen Form. Vereinigung der Erziehung mit der materiellen Produktion u. s. w., u. s. w.”).

fundamentales del pueblo alemán” (parágrafos 131 a 189), el cual se halla dividido en catorce artículos. Dentro del artículo VI de este título VI se incluyen dos párrafos de contenido social (§§ 155 y 157). De acuerdo con el primero (§ 155), “se proveerán escuelas suficientes para la educación de la juventud alemana”³¹. De acuerdo con el segundo (§ 157), “no se pagarán gastos de matrícula por las clases en las escuelas primarias y en las escuelas de formación profesional básica”. Este párrafo añade que “se garantizarán clases gratuitas en todos los establecimientos públicos de enseñanza a las personas sin medios”³².

Estos párrafos de la Constitución alemana de 1849 no establecen, de forma explícita, un “derecho a la instrucción”, pero el tenor de la Constitución es tan claro, sobre todo en el caso del apartado primero del párrafo 157 (“no se pagarán gastos de matrícula por las clases en las escuelas primarias y en las escuelas de formación profesional básica”), que parece que queda claro que en estos preceptos sí que se establece un auténtico derecho subjetivo a exigir exención de matrícula por las clases en las escuelas primarias y en las escuelas de formación profesional básica, escuelas que “se proveerán” por el Estado. Aquí, de forma aún más clara que en la Constitución francesa de 1848, parece que existe un “derecho fundamental social”.

III. Estado social y derechos fundamentales sociales en la Constitución De Querétaro

La llamada Constitución mexicana de 5 de febrero de 1917 (que formalmente es la fecha en que se aprueba la profunda revisión de la Constitución de 5 de febrero de 1857) constituye sin duda un hito en el proceso de constitucionalización del “Estado social”. Pero la pregunta es si este proceso se lleva a cabo estableciendo “derechos fundamentales sociales” o mediante normas de Derecho objetivo. En este trabajo, como se ha dicho, lo que se discute no es la constitucionalización del Estado social, que es algo que puede llevarse a cabo mediante disposiciones de Derecho objetivo, sino la constitucionalización de derechos subjetivos sociales. Fix Zamudio, en este sentido, ha dejado claro que una cosa es el establecimiento de un Estado social y otra la constitucionalización de derechos sociales y, sobre esa base conceptual, considera que la Constitución de 1917 establece derechos sociales pero aún no consagra plenamente un

31 “§ 155. Für die Bildung der deutschen Jugend soll durch öffentliche Schulen überall genügend gesorgt werden.

Eltern oder deren Stellvertreter dürfen ihre Kinder oder Pflegebefohlenen nicht ohne den Unterricht lassen, welcher für die unteren Volksschulen vorgeschrieben ist.”

32 “ § 157. Für den Unterricht in Volksschulen und niederen Gewerbeschulen wird kein Schulgeld bezahlt.

Unbemittelten soll auf allen öffentlichen Unterrichtsanstalten freier Unterricht gewahrt werden”.

“Estado social”³³. Es más, un autor tan cualificado como Forsthoff considera que “no es, ..., por el ámbito constitucional, sino por el de la administración por donde el Estado social ha penetrado en la teoría del Derecho público”³⁴.

De entrada, debemos decir que no podemos compartir, a la vista de lo expuesto hasta ahora, la tesis de que la Constitución mexicana de 1917, a través de sus artículos 27 (sobre la propiedad) y 123 (derechos de los trabajadores) hace que “por primera vez en la historia del constitucionalismo” se descubran los “derechos sociales”³⁵. Como hemos visto, las Constituciones francesas de 1793 y de 1848 y la alemana de 1849 (sobre todo las dos últimas) ya constitucionalizan al menos un “derecho social” (a la enseñanza primaria). Este dato llama poderosamente la atención porque, aunque los autores suelen centrarse en los artículos 27 y 123 de la Constitución mexicana de 1917, a veces olvidan otros preceptos, como el artículo 3 que en su apartado cuarto también reconoce (en la línea de las Constituciones europeas citadas) un derecho fundamental social a la instrucción, por más que no se le califique explícitamente como “derecho”³⁶. Esto es importante porque este artículo 3 (como el 27) se encuentra en el título dedicado a las “garantías individuales” que resultaban tutelables por los tribunales en virtud de lo dispuesto en el artículo 103.I de la Constitución.

Aparte del reconocimiento del derecho a la enseñanza primaria gratuita, la Constitución de 1917 es la primera que dedica una atención tan particularizada a la propiedad (art. 27) y al trabajo y la previsión social (art. 123)³⁷.

El artículo 27, relativo a la propiedad, está incluido dentro del título dedicado a las “garantías individuales” y, por tanto, en un primer acercamiento es susceptible de protección por los tribunales. Ahora bien, el texto original de este artículo presenta una singular particularidad y es que, más que ser un artículo para reconocer un “derecho subjetivo” a la propiedad... es un artículo que niega ese derecho para atribuir la propiedad a la Nación³⁸. De hecho el artículo citado trata sobre “La capacidad

33 Héctor Fix Zamudio, “La Constitución y el Estado social de Derecho”, en VV.AA., **El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX. La Constitución mexicana 70 años después**, tomo. V, UNAM, México, 1988, p. 73 ss. (p. 74).

34 Forsthoff, “Concepto y esencia del Estado social de Derecho”, cit., p. 78-79.

35 Alfonso Noriega Cantú, “El nacimiento de los derechos sociales en la Constitución de 1917”, en VV.AA., **El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX. La Constitución mexicana 70 años después**, tomo V, cit., p. 191 ss. (p. 191); Ernesto Rey Cantor, **Las generaciones de los derechos humanos**, Universidad Libre, Bogotá, 2011 (7ª ed.), p. 228.

36 “En los establecimientos oficiales se impartirá gratuitamente la enseñanza primaria”.

37 Un autor (Rey Cantor, **Las generaciones de los derechos humanos**, cit. p. 228), atribuye a esta Constitución, en esta fecha, unos derechos que no aparecen en la redacción originaria: “el derecho de la persona a la protección de la salud (art. 4º)” y “toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa” (art. 4º)”.

38 Vid. Fernando Escalante Gonzalbo, “El lenguaje del Artículo 27 constitucional”, en Emilio Kourí (coord.), **En busca de Molina Enríquez. Cien años de los grandes problemas nacionales**, El Colegio de México/ University of Chicago, México, 2009, p. 229-251.

para adquirir el dominio de las tierras y aguas *de la Nación*” (énfasis mío). Es cierto que ese mismo artículo contiene un apartado que declara nulas todos los actos o resoluciones “que hayan privado total o parcialmente de sus tierras, bosques y aguas, a los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población, existentes desde la ley de 25 de junio de 1856”; y del mismo modo declara que en el futuro nulas “serán nulas todas las disposiciones, resoluciones y operaciones que tengan lugar en lo sucesivo y produzcan iguales efectos”. Pero aquí no estamos ante un “derecho subjetivo” de tipo social, sino ante una norma de Derecho Objetivo de contenido social. Este artículo también dispone el fraccionamiento de grandes propiedades para hacer posible el acceso a la propiedad de tierras, pero esto es algo que el propio artículo remite a las “leyes” que se expidan a tal efecto.

En cuanto al artículo 123, como su propio tenor decía en la redacción original de 1917, lo que hizo fue establecer unas “bases” que no se podían contravenir en las “leyes sobre el trabajo” que deberían expedir el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados³⁹. Estas bases contenían en su gran mayoría, normas de Derecho objetivo, que las leyes de desarrollo podrían convertir en derechos subjetivos. En este sentido, llama la atención que de entre las treinta “bases” que el artículo 123 aprueba para las “leyes sobre el trabajo”, apenas encontramos tres referencias a “derechos”: dos alusivas a dos derechos explícitamente mencionados y una referida a un contenido genérico. Así, en primer lugar, dentro de la base XVI del artículo 123 se consagra el derecho a la libre sindicación⁴⁰. Además, en segundo lugar, en la base XVII se impone que las leyes de trabajo reconozcan el derecho a la huelga y el derecho al cierre patronal⁴¹. Por último, en la base XXVII se prescribe que “Serán condiciones nulas y no obligarán a los contrayentes, aunque se expresen en el contrato” entre otras las que impliquen renuncia del trabajador a derechos reconocidos por las “leyes”⁴². En definitiva, el artículo 123 no establece derechos fundamentales sociales en la medida en que la misma no genera “derechos subjetivos” exigibles ante los tribunales, sino que fija unas “bases” para que la legislación sea quien cree esos derechos. Derechos que tendrán, como mínimo, el contenido fijado por el artículo 123 de la Constitución, pero la fuente de los “derechos

39 El hecho de que los distintos estados federados pudieran emitir distintas leyes tenía algunas ventajas, pero también inconveniente, pues las distintas leyes dieron lugar a interpretaciones muy diferentes, por lo que se consideró necesario elaborar una legislación federal en 1929. Sobre esto, vid. Néstor de Buen, “El sistema laboral en México”, en Patricia Kurczyn Villalobos, **Panorama internacional de Derecho social**, UNAM, México, 2007, p. 125 ss. (p. 128-130).

40 “XVI.- Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc.”

41 “XVII.- Las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y de los patronos, las huelgas y los paros.”

42 “XXVII.- Serán condiciones nulas y no obligarán a los contrayentes, aunque se expresen en el contrato: [...] (h). Todas las demás estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores”

subjetivos” de tipo social no será la Constitución sino la “ley” que desarrolle las “bases” constitucionales.

Un análisis de los preceptos citados (artículos 3, 27 y 123 de la Constitución de 1917) revela que sólo el artículo 3 consagra un “derecho fundamental social”. Los artículos 27 y 123, por su parte, no se refieren tanto a los “derechos fundamentales sociales” (que, a mi juicio, no crean), sino a sentar las bases de un “Estado social” en cuya legislación se reconocerán derechos legales sociales o se limitarán derechos clásicos (propiedad) en aras a la protección de grupos sociales desfavorecidos. Por ello, se puede concluir que la Constitución de 1917 no innova en materia de “derechos fundamentales sociales”, aunque sí constituye un hito en el proceso de constitucionalización del Estado social.

IV. Los derechos sociales tras la Constitución de Querétaro: Moscú, Weimar y desarrollos posteriores

Tras la aprobación de la Constitución de Querétaro, se van a aprobar en los años siguientes varios importantes documentos que suelen ser mencionados en relación con la cuestión de los derechos fundamentales sociales y del Estado social. Unos se aprobarán en el ámbito soviético y otros en el ámbito europeo.

IV.1. A veces se cita a la “*Declaración de derechos del pueblo trabajador y explotado*”, de 1918, como un documento relacionado con los “derechos sociales”⁴³. Este documento, elaborado por Vladimir Ilich Ulianov (“Lenin”) fue aprobado el 23 de enero de 1918 por el III Congreso de Soviets de toda Rusia y más adelante incorporado a la primera Constitución ruso-soviética de 10 de noviembre de 1918. Ahora bien, la lectura de este documento revela que, a pesar de su título, no reconoce ni un solo derecho, ni social ni de ningún otro tipo. Si algo llama la atención en este texto es que la palabra “derecho” sólo aparece en el título...

Esta declaración se incorporó a la primera Constitución soviética (Constitución de la República Federativa de los Soviets de Rusia), aprobada bajo la inspiración de Lenin el 10 de julio de 1918. Pues bien, una lectura del articulado de la misma nos revela que la misma, paradójicamente, prácticamente (con el matiz que luego se verá) sólo reconoce derechos civiles y políticos, pero ni un solo derecho social: los artículos

43 Hablando de la Constitución de Querétaro de 1917 y de la “Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado”, un autor dice que “ambos textos ligaban la solidaridad y la fraternidad a la recuperación del programa republicano de expansión de los derechos políticos y sociales de las capas populares, obreras y campesinas, nacionales y extranjeras” (Cfr. Gerardo Pisarello, “Solidaridad e insolidaridad en el constitucionalismo contemporáneo: elementos para una aproximación”, **Revista de Estudios Sociales**, nº 46 (2013), p. 86 ss. (p. 91); Patricio Rubio “Los derechos económicos sociales y culturales en el texto de la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, **Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP**, nº 71 (2013), p. 201 ss. (p. 202).

14, 15 y 16 reconocen los derechos de libertad de expresión, libertad de reunión y libertad de asociación de los trabajadores⁴⁴; el artículo 20 reconoce a los extranjeros los mismos “derechos políticos” que a los rusos⁴⁵; el artículo 21 reconoce el asilo⁴⁶; el artículo 22 establece algo tan liberal como “la igualdad ante la ley”⁴⁷; el artículo 23 dispone en qué casos se puede privar a los individuos de sus “derechos civiles”⁴⁸; y el artículo 64 regula algo no menos clásico que el derecho de sufragio⁴⁹.

El único precepto que recoge algo parecido a un derecho social es el artículo 17, que trata sobre la instrucción gratuita, pero este artículo no reconoce un “derecho subjetivo”, sino que declara un “fin del Estado”⁵⁰. Se da así la circunstancia de que la

44 “14. Con objeto de garantizar a los trabajadores la verdadera libertad de manifestar sus pensamientos y sus opiniones, la República Socialista Federativa de los Consejos de Rusia anula la dependencia de la Prensa respecto del capital, y vuelve a las manos de las clases proletarias de las ciudades y de los campos los medios técnicos y materiales para la edición de periódicos, de folletos, de libros y otras publicaciones y obras de prensa, garantizándoles su libre difusión en el país entero.

15. Con el objeto de garantizar a los trabajadores la libertad efectiva de reunión, la R. S. F. de C. de R., reconociendo los derechos de los ciudadanos de la República de los Consejos de organizar libremente reuniones, mítines, manifestaciones, etc., pone a la disposición de la clase obrera y del proletariado de los campos todos los locales con mobiliario, alumbrado y calefacción, propios para la organización de reuniones populares.

16. Con objeto de garantizar a los trabajadores la libertad efectiva de asociación, la R. S. F. de C. de R., habiendo quebrantado el poder económico y político de las clases poderosas, y con ello habiendo apartado todos los obstáculos que hasta aquí impidieron a los obreros y a los campesinos, en la sociedad burguesa, gozar los derechos de organizarse libremente y de obrar libremente, concédese a los obreros y campesinos toda asistencia, material y de todo género, para su unión y su acción.”

45 “Basándose sobre la solidaridad de los trabajadores de todas las naciones, la República [...] concede todos los derechos políticos de que gocen los ciudadanos rusos a todos los extranjeros que habitan el territorio de la República rusa y que pertenecen a la clase trabajadora, obrera o a la campesina, que no exploten el trabajo de otro, y reconoce a los Consejos locales el derecho de conceder a estos extranjeros, sin ninguna dificultad de formalidades, los derechos anejos a la calidad de ciudadano ruso”.

46 “La República [...] concede el derecho de asilo a todos los extranjeros perseguidos por delitos políticos y religiosos”.

47 “La República [...] reconociendo la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, sin distinción de nacionalidad ni de razas, declara contrarios a las leyes fundamentales de la República el establecimiento de privilegios o de prerrogativas, cualesquiera que sean, en favor de una nacionalidad cualquiera, así como la opresión de una nacionalidad en minoría y la limitación de sus derechos”.

48 “Inspirándose en los intereses de la clase obrera en su totalidad, la República [...] priva de sus derechos civiles a los individuos y grupos que usan de ellos en detrimento de los intereses de la Revolución social”.

49 “Tienen derecho a ser electores y elegibles en los Consejos, sin distinción de religión, nacionalidad, residencia, etc., los ciudadanos siguientes, de los dos sexos, de la República Socialista Federativa de los Consejos de Rusia, de edad de diez y ocho años cumplidos el día de la elección”.

50 “В целях обеспечения за трудящимися действительного доступа к знанию Российская Социалистическая Федеративная Советская Республика ставит своей задачей предоставить рабочим и беднейшим крестьянам полное, всестороннее и бесплатное образование”.

La traducción podría ser: “Con el objeto de garantizar a los trabajadores el acceso efectivo a todos los conocimientos, la República [...] se pone como objetivo proporcionar a los campesinos y a los obreros una instrucción general completa y gratuita”.

Constitución soviética de 1918 ni siquiera reconoce un derecho social que ya estaba reconocido en la Constitución mexicana de 1917, en la alemana de 1849 y en la francesa de 1848 (aparte de en la nunca aplicada Constitución francesa de 1793). Saldaña, el autor del que quizá es el primer estudio en lengua española sobre la Constitución rusa de 1918, critica que el precepto no establezca la obligatoriedad de la enseñanza primaria y no incluya la enseñanza superior. Por ello, a su juicio, este art. 17 “queda muy atrás de todas las leyes modernas de Europa sobre instrucción obligatoria”⁵¹. A Saldaña no se le escapa que esta Constitución rusa no reconoce el “derecho a la asistencia”, si bien a su juicio tal derecho resulta innecesario en un marco político en el que la lógica (teórica) es que la riqueza es objeto de “posesión en común”⁵².

En todo caso, el aspecto más llamativo de esta Constitución ruso-soviética de 1918 no es tanto el reconocimiento de “derechos sociales” (aspecto sobre el que, como se ha visto, no se introducen novedades sobre lo ya conocido en otras Constituciones y donde hay un espacio para el debate), sino en el modo de tratar algunas libertades públicas ya reconocidas en el marco del Constitucionalismo liberal occidental. Como argumentó Saldaña en un tempranísimo, interesante, e injustamente olvidado trabajo, esos derechos individuales “son *hipotéticos*, ya que sólo aseguran la posibilidad exterior, de no óbice, la opción negativa; no la positiva, de prestación de medios necesarios” y por ello la perfección política es hacer que esos derechos fuesen categóricos; que las posibilidades llegasen a ser internas y afirmativas. Se trataba a si de “hacer afirmativas las libertades individuales”, o dicho de otro modo, era necesario superar la “declaración de fines” mediante la “prestación de servicios”. El mismo autor, en el que es posiblemente el primer libro en lengua española sobre la Constitución ruso-soviética de 1918 argumentaba que “a la libertad metafísica, de liberalismo doctrinario, el Socialismo ha de oponer la libertad pragmática”. Según Saldaña, el Estado declara, a favor del individuo, la iniciativa (libertad) y reconoce para el individuo el derecho de posibilidad (facultad). Pero Saldaña advierte que eso no basta. El Estado ha de reconocer al individuo el derecho de realidad (poder); para lo cual le ofrecerá la eficacia de los medios (auxilio)⁵³. Por tanto, el problema constitucional de la política perfeccional es añadir, a la tabla de los derechos, el estatuto de los poderes⁵⁴. Para Quintana, el hecho de que la Constitución rusa de 1918 complete la “declaración de cada uno de los *derechos*” con “la promesa de cada uno de los *poderes*” constituye el gran acierto de esta Constitución⁵⁵. En efecto, los artículos 14 a 16 de esta Constitución

51 Quintiliano Saldaña, **La Revolución Rusa. La Constitución rusa de 10 de julio de 1918**, Reus, Madrid, 1919, p. 62.

52 Saldaña, **La Revolución Rusa. La Constitución rusa de 10 de julio de 1918**, cit., p. 65.

53 Quintiliano Saldaña, “Teoría de la política perfeccional”, **Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales**, vol. I nº 3 (1918), p. 308 ss. (p. 315).

54 Saldaña, **La Revolución Rusa. La Constitución rusa de 10 de julio de 1918**, cit., p. 39.

55 Saldaña, **La Revolución Rusa. La Constitución rusa de 10 de julio de 1918**, cit., p. 42.

(libertad de opinión, derecho de asociación, derecho de reunión) reconocen una vertiente prestacional a las libertades públicas “burguesas”, configuradas no sólo como un derecho a exigir al Estado un “no hacer” que ponga en peligro las mismas, sino como un derecho a exigir al Estado un “hacer” y un “dar” para que las mismas puedan ser ejercidas⁵⁶.

IV.2. Será la llamada “Constitución de Weimar” (“Constitución del imperio alemán”), así conocida por haber sido aprobada el 11 de agosto de 1919 en la ciudad turingia de Weimar, la que dé un paso más en el reconocimiento de los derechos sociales. La Constitución alemana de 1919 recoge tres derechos sociales.

En primer lugar, reconoce en su artículo 145, como hicieron las anteriores Constituciones mencionadas (1793, 1848, 1849, 1917, 1918), un derecho a la instrucción gratuita. Aunque, como ocurre con los preceptos de todas estas Constituciones citadas no se utilice expresamente el término “derecho”, la redacción del precepto deja claro que hay un derecho subjetivo, ya que se establece que “las clases y los medios de enseñanza son gratuitos en las escuelas primarias y de formación profesional”⁵⁷.

Además, el artículo 119 reconoce dos derechos de tipo social: por un lado (inciso final del apartado segundo) dispone que “las familias numerosas tienen derecho (Anspruch) a ayudas compensatorias”; por otro (apartado tercero) se establece que “la maternidad tiene derecho (Anspruch) a la protección y a la ayuda del Estado”⁵⁸.

Junto a las anteriores normas, el artículo 163 de la Constitución de Weimar introduce otra prescripción que ciertamente no emplea el término “derecho” y que, además, se remite a la ley para su detalle, lo que hace dudar de que aquí estemos ante un “derecho fundamental social” en lugar de un mandato al legislador. Este artículo 163, en su apartado segundo, dice que “a todo alemán se le debe dar la oportunidad de mantenerse a través de un trabajo productivo”. Ahora bien, “en la medida en que no se le pueda proporcionar una oportunidad de trabajo adecuada, se proveerá para su necesario mantenimiento”. No obstante, “el detalle” (de lo que supone este “necesario mantenimiento”) “se determinará por leyes especiales”⁵⁹. Por ello, este artículo 163 más

56 Saldaña se refiere a esta configuración de la Constitución rusa como “derecho y poder de opinión”, “derecho y poder de reunión” y “derecho y poder de asociación” (Cfr. Saldaña, **La Revolución Rusa. La Constitución rusa de 10 de julio de 1918**, cit. p. 59-62).

57 “Es besteht allgemeine Schulpflicht. Ihrer Erfüllung dient grundsätzlich die Volksschule mit mindestens acht Schuljahren und die anschließende Fortbildungsschule bis zum vollendeten achtzehnten Lebensjahre. Der Unterricht und die Lernmittel in den Volksschulen und Fortbildungsschulen sind unentgeltlich”

58 “Kinderreiche Familien haben Anspruch auf ausgleichende Fürsorge. Die Mutterschaft hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge des Staats”

59 “Jedem Deutschen soll die Möglichkeit gegeben werden, durch wirtschaftliche Arbeit seinen Unterhalt zu erwerben. Soweit ihm angemessene Arbeitsgelegenheit nicht nachgewiesen werden kann, wird für seinen notwendigen Unterhalt gesorgt. Das Nähere wird durch besondere Reichsgesetze bestimmt”.

que ser reconocer un “derecho subjetivo”, parece claro que es una norma de Derecho objetivo que contribuye a configurar un Estado “social”.

La aplicación de la Constitución de Weimar por los tribunales, sin embargo, intentó desactivar la virtualidad jurídica de los derechos sociales. Como dice Forsthoff, la jurisprudencia reconoció a las garantías sociales “mero valor programático, sin que se pudiera deducir de ellas pretensiones jurídicas individuales” por lo que “las negaba, de hecho, rango constitucional”⁶⁰.

IV.3. La Constitución de Weimar de 1918 ejercerá una considerable influencia, como también la Constitución de Querétaro de 1917. Entre los textos donde es perceptible la influencia de ambos documentos se encuentra la Constitución española de 9 de diciembre de 1931, en concreto, en los artículos 43, 44, 46, 47, 48.

En primer lugar, se reconoce un derecho fundamental a la instrucción. Como sucedía en las otras Constituciones (artículo 3 de la Constitución de Querétaro y artículo 145 de la Constitución de Weimar), no se habla de un “derecho” a la instrucción, pero la redacción del párrafo 2 del artículo 48 de la Constitución española de 1931 no deja lugar a dudas: “la enseñanza primera será gratuita y obligatoria”. Se trata de un derecho subjetivo a la gratuidad de la enseñanza primaria que se combina con un deber de recibir enseñanza primaria, por más que ese deber pueda cumplirse en una escuela privada y no necesariamente pública.

Además, en segundo lugar, se reconoce un derecho a la asistencia social a las familias, muy influido por el artículo 119 de la Constitución de Weimar, aunque se lleva más allá algo más allá en el apartado 2 del artículo 43 de la Constitución de 1931. En efecto, en Weimar se reconoce un derecho a la asistencia a las familias “numerosas” (aparte de un derecho a la protección de la maternidad en todo caso), pero en el texto español ese derecho a recibir asistencia del Estado, de forma subsidiaria, se reconoce para todo tipo de familias⁶¹.

En tercer lugar, en los artículos 44, 46 y 47 de la Constitución de 1931, se percibe una clara influencia de los artículos 27 y 123 de la Constitución mexicana de 1917. Como en aquella, no estamos ante “derechos fundamentales sociales”. El artículo 44.1 del texto español subordina el derecho de propiedad a los intereses de la economía nacional⁶², una fórmula que evoca el artículo 27 de Querétaro. El artículo 47.1, afirma que la república “legislará” sobre la protección del campesinado⁶³, norma en la que

60 Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, cit., p. 116.

61 “Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución”.

62 “Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes.”

63 “La República protegerá al campesino y a este fin legislará, entre otras materias, sobre el patrimonio familiar inembargable y exento de toda clase de impuestos, crédito agrícola, indemnización por pérdida de las cosechas, cooperativas de producción y consumo, cajas de previsión, escuelas prácticas

también se puede apreciar el influjo del artículo 23 del texto mexicano. Finalmente, el artículo 47.2 enumera los aspectos que regulará la “legislación social” de la república⁶⁴, aspectos que sin duda evocan al artículo 123 de la Constitución de Querétaro.

Ahora bien, entre la Constitución mexicana de 1917 y la española de 1931 hay una cierta involución. Como se ha dicho, en la Constitución mexicana de 1917 sólo el derecho a la instrucción gratuita estaba configurado como un auténtico “derecho fundamental social” que, además, gozaba de la protección judicial prevista en el artículo 103 de la misma Constitución. En la Constitución española de 1931, sin embargo, el derecho a la instrucción gratuita no aparece, como en México, en el capítulo sobre “Garantías individuales”, sino en otro capítulo diferente (el capítulo 2 del título III) titulado “Familia, economía y cultura” que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la Constitución quedaba fuera del “derecho de amparo”⁶⁵.

IV.4. El gran cambio, formal, por supuesto, que se da en el campo de los derechos fundamentales sociales se produce con la Constitución soviética de 1936, aprobada bajo el mandato de Stalin. La Constitución de la URSS de 1936 va a ser la primera que va a ofrecer un catálogo de derechos fundamentales sociales presentados de forma conjunta, yendo más allá de los reconocimientos fragmentarios que se hicieron en las Constituciones francesas de 1793 y 1848, alemanas de 1849 y 1919, y mexicana de 1917. De esta forma, aparte de recoger la dimensión positiva o prestacional de las libertades clásicas (como expresión, reunión o asociación), algo que ya se hacía en el anterior texto soviético, la Constitución soviética de 1936 reconoce y “garantiza” los siguientes derechos fundamentales sociales: “derecho al trabajo, es decir, a obtener un trabajo garantizado y remunerado” (art. 118)⁶⁶; “derecho al descanso” que incluye vacaciones anuales pagadas y sanatorios y clubes de ocios (art. 119)⁶⁷; “derecho a la asistencia

de agricultura y granjas de experimentación agropecuarias, obras para riego y vías rurales de comunicación.”

64 “La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes, y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico-jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores”.

65 “La ley organizará Tribunales de urgencia para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales”

66 “Los ciudadanos de la URSS tienen derecho al trabajo, es decir, a obtener un trabajo garantizado y remunerado según su cantidad y calidad. Garantizan el derecho a trabajo la organización socialista de la economía nacional, el crecimiento constante de las fuerzas productivas de la sociedad soviética, la eliminación de la posibilidad de crisis económicas y la supresión del paro forzoso”.

67 “Los ciudadanos de la URSS tienen derecho al descanso. Garantizan el derecho al descanso la jornada laboral de siete horas para los obreros y empleados y su reducción a seis horas para las profesiones cuyas

económica en la vejez, así como en caso de enfermedad y de pérdida de la capacidad de trabajo” (art. 120)⁶⁸; “derecho a la instrucción” (art. 121)⁶⁹; y “derechos de la madre y del niño” (art. 122)⁷⁰.

Según el promotor de esta Constitución, Stalin, la Constitución soviética era una auténtica “Constitución” y no un “programa”. A su juicio, un “programa” trata de lo que aún no existe, trata sobre el futuro, pero una “constitución” habla sobre lo que ya existe y se ha alcanzado, trata sobre el presente⁷¹. Según Stalin, esta Constitución de 1936 no es una “promesa”, sino la constancia de lo que ya se ha alcanzado⁷². Para Stalin la Constitución soviética se distingue de las constituciones burguesas en que no simplemente proclama derechos “formales”, sino que además afirma las garantías de esos derechos y los medios con los que se pueden ejercer. Esto afecta, en primer lugar, a las “libertades democráticas”, y también, en segundo lugar, a los nuevos derechos como el derecho al trabajo⁷³.

Se produce así la paradoja de que en el momento de mayor represión de todos los derechos y libertades se apruebe el texto que, hasta ese momento, reconocía el máximo de derechos en la URSS. El hecho no es, en mi opinión, casual. En efecto, incluso a pesar de que la Constitución de 1936 reconoció los derechos civiles y políticos que caracterizan el constitucionalismo occidental (derecho a un juicio

condiciones de trabajo son difíciles, y a cuatro horas en las secciones en que dichas condiciones son especialmente difíciles; las vacaciones anuales pagadas para los obreros y empleados, y la existencia de una extensa red de sanatorios, casas de descanso y clubs, puestos a disposición de los trabajadores”.

68 “Los ciudadanos de la URSS tienen derecho a la asistencia económica en la vejez, así como en caso de enfermedad y de pérdida de la capacidad de trabajo. Garantizan este derecho el amplio desarrollo de los seguros sociales de los obreros y empleados a cargo del Estado, la asistencia médica gratuita a los trabajadores y la existencia de una extensa red de balnearios puestos a disposición de los trabajadores”.

69 “Los ciudadanos de la URSS tienen derecho a la instrucción. Garantizan este derecho la enseñanza general y obligatoria de ocho grados, la gran amplitud de la enseñanza media politécnica general, de la enseñanza profesional y técnica, y de la enseñanza media especializada y superior, basadas en la vinculación del estudio con la vida, con la producción; el fomento máximo de la enseñanza nocturna y por libre, la gratuidad de toda clase de enseñanza y el sistema de becas del Estado; la enseñanza en las escuelas en la lengua materna, y la organización en las fábricas, sovjoses y koljoses de la enseñanza gratuita fabril, técnica y agronómica para los trabajadores”.

70 “La mujer tiene en la URSS iguales derechos que el hombre en todos los dominios de la vida económica, pública, cultural, social y política. Garantizan el ejercicio de estos derechos la concesión a la mujer de los mismos derechos que al hombre en materia de trabajo, salario, descanso, seguros sociales e instrucción; la protección de los derechos de la madre y del niño por el Estado; la ayuda del Estado a las madres de prole numerosa y a las madres solas; la concesión a la mujer de vacaciones pagadas en caso de embarazo, y una extensa red de casas de maternidad, casas-cuna y jardines de la infancia”.

71 Josif Stalin, **On the draft Constitution of the U.S.S.R./Constitution (Fundamental Law) of the Union of Soviet Socialist Republics**, Foreign Languages Publishing house, Moscow, 1945, p. 18.

72 Stalin, **On the draft Constitution of the U.S.S.R.**, cit., p.28.

73 Stalin, **On the draft Constitution of the U.S.S.R.**, cit., p. 22-23.

justo, derecho a la libertad personal, inviolabilidad de domicilio, etc.) la existencia de una brutal represión no era un secreto. De ahí que Stalin, en un hábil movimiento táctico, introdujera el reconocimiento constitucional de un amplio elenco de derechos fundamentales sociales, para poder así tener un arma argumental contra sus adversarios anti-comunistas. Y, en efecto, a partir de esta Constitución soviética de 1936 los propagandistas o simpatizantes del comunismo utilizaron profusamente el argumento de que si en Occidente se protegían derechos civiles y políticos (o “libertades formales”), en el espacio soviético se “protegían” derechos sociales (o “libertades reales”). Este reconocimiento, amplio, de un extenso catálogo de derechos fundamentales sociales será una marca definitoria del Constitucionalismo comunista hasta la caída del muro de Berlín (y que, por supuesto, continúa en los escasos sistemas comunistas supervivientes a la caída del muro). Los juristas del espacio soviético achacaban a las Constituciones “burguesas” que la aceptación de los derechos fundamentales socioeconómicos se enfrentaba a una gran resistencia, la cual se mostraba en que dichos derechos quedaban diluidos, bien siendo declarados como “principios generales” (como el principio del “Estado social” en la Ley Fundamental de Bonn de 1949) o bien ubicándolos en Preámbulos o en otras partes de la Constitución donde, gracias a la técnica de la interpretación, quedaba desvalorada su relevancia bien mermando su eficacia jurídica o declarándola ausente⁷⁴.

IV.5. Tras la Segunda Guerra Mundial se continuará la línea marcada, por un lado, por el constitucionalismo democrático-liberal de tipo social (plasmado sobre todo en las Constituciones occidentales de México de 1917 y de Alemania de 1919), pero también se percibirá la influencia del texto de la Constitución soviética de 1936. Esto se apreciará tanto en documentos internacionales de derechos humanos (declaraciones o tratados) y en las Constituciones. En el plano internacional, cumple examinar cómo se han recogido los derechos sociales en las declaraciones y tratados sobre derechos humanos.

IV.5.A. La primera proclamación de un catálogo de derechos humanos en el nivel internacional se hizo en el marco de la IX Conferencia internacional americana que el 30 de abril de 1948 proclamó la “*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*”. En la misma ya se recogen los derechos a la “protección de la familia” (art. 6), a la “protección a la maternidad y a la infancia” (art. 7), a la “preservación de la salud y al bienestar” (art. 11), a la “educación” (art. 12), al “trabajo y a una justa retribución” (art. 14), al “descanso” (art. 15). Ahora bien, esta “Declaración” no tiene la forma de un tratado internacional, sino que es una mera resolución de la citada conferencia internacional, por lo cual no genera derechos subjetivos.

74 Wolfgang Menzel, “Grundrechte im bürgerlichen Staaten” en Wolfgang Menzel, (ed.), **Staatsrecht bürgerlichen Staaten**, Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, Berlin, 1986, p. 151 ss. (p. 154).

IV.5.B. La Declaración Americana ejerció notoria influencia en la “*Declaración Universal de los Derechos Humanos*”, de diciembre de 1948, aprobada meses después, donde junto a los más importantes derechos civiles y políticos se van a incluir diversos “derechos humanos” sociales que ya aparecieron en el texto americano: derecho de la familia a recibir protección del Estado (art. 16.3), derecho al trabajo y otros derechos laborales (art. 23), derecho al descanso (art. 24), derecho a asistencia especial en la maternidad y la infancia (art. 25.2), derecho a la educación (art. 26). También aparecerán derechos que aparecen más desarrollados que en el texto americano como el derecho “a un nivel de vida adecuado, asistencia médica, servicios sociales y seguros sociales (art. 25.1), A ellos se van a añadir otros derechos que no aparecían citados en el texto americano como el derecho a la “seguridad social” (art. 22) y a que se establezca un orden social que haga plenamente efectivos los derechos (art. 28). Ahora bien, esta “Declaración”, como la americana, no era un tratado internacional, sino que era en realidad una resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas⁷⁵, por lo que no generaba en realidad derechos subjetivos.

IV.5.C. El primer documento internacional que contiene un catálogo de derechos humanos y que se consagra bajo la forma jurídica de un tratado internacional será el “*Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales*”, o Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en el marco del Consejo de Europa. Este documento genera es un tratado internacional y, en consecuencia, puede generar derechos subjetivos en aquellos sistemas que sigan un modelo monista de relación entre el Derecho interno y el Derecho Internacional, pero no así en los que sigan un modelo dualista, pues en estos últimos la norma internacional para desplegar efectos en Derecho interno debe ser “transformada” en una norma interna⁷⁶. Ahora bien, llama la atención que en él no se recoge ni un solo derecho social. Sólo dos años después, en el primero de los protocolos adicionales a este Convenio, se incluyó, aunque con una redacción muy escueta, el “derecho a la educación”⁷⁷. Esto significa que a la hora de dar protección efectiva a los derechos humanos, en el ámbito europeo occidental había reticencias por parte de algunos Estados (no todos, como veremos).

Esta diferenciación entre derechos civiles y políticos y derechos sociales se hará mucho más notoria cuando en el mismo marco del Consejo de Europa se apruebe la “*Carta Social Europea*” en Turín el 18 de octubre de 1961. Esta “Carta” contiene un amplísimo catálogo de derechos sociales, sin embargo, presenta dos debilidades notorias: en primer lugar, los Estados parte no están obligados a asumir todos los

75 A/RES/3/217 A, de 10 de noviembre de 1948.

76 Sobre monismo y dualismo, cfr. *Supra*, nota 3.

77 Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 20 de marzo de 1952, artículo 2 “A nadie se le puede denegar el derecho a la educación”.

derechos sociales que se contienen ahí, sino un mínimo⁷⁸; y en segundo lugar, a diferencia de lo que ocurría en el CEDH, en el caso de la Carta Social Europea no cabe la presentación de demandas individuales contra los Estados parte ni una supervisión por un Tribunal (como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para el CEDH). En consecuencia, es difícil determinar que esta Carta reconoce derechos subjetivos.

En el ámbito europeo, el documento más importante elaborado después del CEDH (aprobado en el marco del Consejo de Europa) ha sido la “*Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*” (CDFUE), documento elaborado en el marco de la Unión Europea que fue “proclamado” en 2000 y reformado e incluido en el Tratado de Lisboa en 2007, por lo que desde este tratado entró en vigor (diciembre de 2009), es una norma jurídica vinculante. Esta Carta junto a derechos civiles y políticos (títulos I, II, V y VI) contiene un capítulo dedicado a la Igualdad (título III) y otro a la Solidaridad (título IV) donde se hallan numerosos derechos sociales. Ahora bien, a diferencia del CEDH, la CDFUE no genera derechos subjetivos en todas las relaciones jurídicas, sino sólo en aquellas relaciones jurídicas sometidas al Derecho comunitario de la Unión Europea. Esto significa que en aquellos ámbitos donde los Estados no han cedido competencias a la UE, los derechos de esta Carta no son invocables. Y, de hecho, en la mayor parte de ámbitos en los que se reconocen derechos humanos la cesión de competencias a la UE es muy reducida. Y por si fuera poco, dos de los principales Estados de la UE, el Reino Unido y Polonia, decidieron quedar al margen de la CDFUE, por lo que la misma no les es aplicable.

IV.5.D. Estos tratados mostraron la reticencia de varios Estados occidentales (no todos, insisto) a reconocer a los derechos sociales como derechos subjetivos. Esto fue aprovechado en la segunda mitad del siglo XX para usar los derechos sociales como un argumento político de los países comunistas frente a los reproches que les hacían los países occidentales por la falta de respeto de los derechos civiles y políticos. Esta contraposición va a verse claramente cuando se elaboren en el ámbito de Naciones Unidas los dos primeros catálogos sistemáticos de derechos humanos a los que se les pretendería dar forma de tratado. De esta forma, el desarrollo y conversión en tratado internacional de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” dio lugar a

78 El artículo 20 de la Carta Social Europea, en su redacción originaria decía:

“1. Cada una de las Partes Contratantes se compromete:

a) A considerar la Parte I de la presente Carta como una declaración de los objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados, conforme a lo dispuesto en el párrafo de introducción de dicha Parte.

b) A considerarse obligada al menos por cinco de los siete artículos siguientes de la Parte I de la Carta: artículos 1, 5, 6, 12, 13, 16 y 19.

c) A considerarse obligada, además, por un número adicional de artículos o párrafos numerados de la Parte II de la Carta que elija dicha Parte Contratante, siempre que el número total de los artículos y de los párrafos numerados a los que quedará obligada no sea inferior a los artículos o a 45 párrafos numerados.

[...]”

dos tratados diferentes: el “*Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*” y el “*Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”. Mientras en el primero, apenas se incluye un derecho social, el derecho a la protección de la familia (art. 23), el segundo, como su propio nombre indica, se dedica a reconocer un amplio elenco de derechos sociales.

IV.6. Las vicisitudes que hemos visto en el Derecho Internacional se han producido también en el Derecho Constitucional. Las tendencias apreciadas en el ámbito de los derechos fundamentales sociales antes de la Segunda Guerra Mundial se consolidarán tras la misma. Por un lado, todas las Constituciones del espacio europeo de influencia soviética incluirán un catálogo de derechos fundamentales sociales reconocidos con el máximo rango posible. Por otro, las Constituciones europeo-occidentales incorporarán derechos sociales pero con matices y reservas, como se puede comprobar en los casos de Francia, Alemania, Italia, Portugal y España. Más tarde, a partir de los años noventa del siglo XX se produce la expansión de los derechos sociales en el constitucionalismo iberoamericano, un fenómeno bien estudiado y que voy a omitir aquí⁷⁹.

En *Francia* quizás la primera Constitución occidental de postguerra, la de 27 de octubre de 1946. En su Preámbulo proclama una serie de “principios políticos, económicos y sociales” entre los cuales se hallan que “todos ... tienen derecho a obtener un empleo”, que “la Nación asegura al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo”, “garantiza a todos... la protección de la salud, la seguridad material, el reposo y el ocio”, el “derecho a obtener de la colectividad los medios convenientes para su existencia” y que la nación “garantiza... el acceso... a la educación”⁸⁰. Pero estos “principios” pese que en algún lugar se hable de “derecho” no eran “derechos fundamentales sociales” en sentido propio.

79 Para el lector interesado cfr. Albert Noguera Fernández, **Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; César Landa Arroyo, “Los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional de América Latina”, **Ius et veritas** nº 45 (2012), p. 228 ss.

80 “[...] le peuple français proclame [...] comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après :

[...]

Chacun a le devoir de travailler et le droit d’obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.

[...]

La Nation assure à l’individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. Elle garantit à tous, notamment à l’enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l’incapacité de travailler a le droit d’obtenir de la collectivité des moyens convenables d’existence.

[...]

La Nation garantit l’égal accès de l’enfant et de l’adulte à l’instruction, à la formation professionnelle et à la culture [...].”

En *Alemania*, la Constitución de Baviera de 2 d diciembre de 1946, también ilustra sobre esta tendencia. En el Título II (“Derechos y deberes fundamentales”) no se reconocen derechos sociales, pero sí aparecen en el título III (“La vida comunitaria”), donde en el capítulo segundo (“Educación y escuela”) se reconoce el derecho a la instrucción (art. 128.1⁸¹), en el capítulo cuarto (“Trabajo”) se proclama el “derecho a una existencia adecuada mediante el trabajo” (art. 166.2⁸²). Sin embargo, como recuerda Menzel, una sentencia del Tribunal Constitucional de Baviera, de 20 de octubre de 1960, estableció que este artículo 166.2 creaba una norma “programática”, no un derecho subjetivo. Por su parte, la “Ley Fundamental de Bonn” de 23 de mayo de 1949, no reconoce derechos fundamentales sociales, pero proclama un Estado “social” en su artículo 20.1⁸³.

En *Italia*, la Constitución de 27 de diciembre de 1947 no proclama expresamente un Estado “social” aunque habla de una “república democrática fundada sobre el trabajo” (art. 1.1)⁸⁴. En su articulado se reconocen varios derechos sociales. En su título preliminar titulado “Principios fundamentales”, se refiere al “derecho al trabajo” en su art. 4⁸⁵. Pero ese reconocimiento se hace básicamente en los Título II (“Relaciones ético-sociales”, arts. 29-34) y III (“Relaciones sociales”, art. 35-47), de la Parte Primera dedicada a los “Derechos y deberes de los ciudadanos”. Ahí se proclaman el derecho a la salud (art. 32.1⁸⁶), a la educación (art. 34⁸⁷), el derecho al trabajo nuevamente (art. 35.2⁸⁸), a la asistencia social (art. 38⁸⁹). El amplio reconocimiento de estos derechos sociales se explica, por un lado, porque varios de estos derechos ya se habían desarrollado en la etapa fascista anterior a la República y, por otro lado, porque el Partido Comunista Italiano (recordemos que desde 1936 la constitucionalización de los

81 “Jeder Bewohner Bayerns hat Anspruch darauf, eine seinen erkennbaren Fähigkeiten und seiner inneren Berufung entsprechende Ausbildung zu erhalten.”

82 “Jedermann hat das Recht, sich durch Arbeit eine auskömmliche Existenz zu schaffen”.

83 “Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat”.

84 “L’Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro”.

85 “La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto”.

86 “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo”.

87 “La scuola è aperta a tutti.

L’istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita.

I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi.

La Repubblica rende effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso”.

88 (La Repubblica) “Promuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro”.

89 “Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all’assistenza sociale.

I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria.

Gli inabili ed i minorati hanno diritto all’educazione e all’avviamento professionale”.

derechos sociales era una “marca” del constitucionalismo comunista) era el segundo partido más importante de Italia tras la Democracia Cristiana.

La jurisprudencia italiana se ha referido a alguno de los derechos sociales reconocidos en la Constitución como auténtico derecho fundamental⁹⁰. Ahora bien, el artículo 117.m) de la Constitución italiana matiza esto al determinar que corresponde al legislador del Estado central la “determinación del nivel esencial de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que deben garantizarse en todo el territorio nacional”⁹¹. Esta cláusula, como es fácil de comprender, afecta más a los derechos sociales que a los civiles.

En *Portugal*, la Constitución de 2 de abril de 1976, aparentemente reconoce un amplio catálogo de derechos fundamentales sociales en su título III que lleva la rúbrica de “Derechos y deberes económicos, sociales y culturales”. Este título se divide en cuatro capítulos, siendo el primero dedicado a las garantías de los mismos (art. 50), el segundo a los “derechos y deberes económicos” (arts. 51-62), el tercero a los “derechos y deberes sociales” (arts. 63-72) y el cuarto a los “derechos y deberes culturales” (arts. 73-79). Dentro de este título III se reconocen así el “derecho al trabajo” (art. 51), el “derecho a la seguridad social” (art. 63), el “derecho a la protección de la salud” (art. 64), el “derecho a la vivienda” (art. 65), el “derecho a un ambiente humano, sano y ecológicamente equilibrado” (art. 66), el “derecho a la educación” (art. 73) y el “derecho a la enseñanza” (art. 74), así como el “derecho a la cultura física y al deporte” (art. 79).

Como se ha dicho, el art. 50 de la Constitución de 1976 establecía que la “garantía” de estos “derechos” era la “apropiación colectiva de los medios de producción, la planificación económica y la democratización de las instituciones”⁹². Esta “garantía” fue suprimida en la primera reforma constitucional⁹³. Sin embargo, el artículo 18 de la Constitución considera que sólo son directamente aplicables los derechos incluidos en la rúbrica “Derechos, libertades y garantías” (Título II, arts. 25-49), en la que no se incluyen los derechos sociales⁹⁴. Por esa razón no puede

90 Así, respecto a la salud, la sentencia n° 184 de 1986, de 30 de junio, consideración jurídica 11 (“il bene afferente alla salute é tutelato, come diritto fondamentale della persona, direttamente dalla Costituzione, dichiara che la violazione di tal diritto, nel costituire illecito civile, determina, per sé, il sorgere dell’obbligazione riparatoria”). Muchas otras sentencias del TC italiano además de esta, abundan en esta misma consideración del derecho a la salud como derecho fundamental.

91 “Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: [...]

m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”.

92 “A apropriação colectiva dos principais meios de produção, a planificação do desenvolvimento económico e a democratização das instituições são garantias e condições para a efectivação dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais”.

93 Aprobada por ley constitucional 1/82, de 30 de septiembre de 1982. Esta reforma suprime el capítulo 1 del título III que tenía como único artículo el numerado como 50, dejando ese título con tres capítulos cuya numeración cambia.

94 “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

sostenerse que los “derechos” sociales de la Constitución portuguesa sean “auténticos derechos subjetivos”⁹⁵.

En el caso de *España*, la Constitución de 29 de diciembre de 1978 contiene varias cláusulas relacionadas con el Estado social y los derechos sociales. De entrada, como ocurre con la República Federal Alemana, el Estado se define como “social” en su art. 1.1⁹⁶. A diferencia de lo que ocurre con la Constitución portuguesa de 1976 (que es una, junta a la alemana y la italiana, que más influyeron en el texto español), la clasificación y distribución de los derechos en el texto constitucional no tiene una correspondencia con un criterio doctrinal. Fundamentalmente (aunque caben matizaciones) la Constitución establece tres categorías de derechos. A la primera pertenecen aquellos derechos fundamentales que gozan de la máxima protección constitucional (arts. 15-29 y arts. 53.1 y 2), donde se encuentran dos derechos de tipo social: el derecho a la educación (art. 27.1⁹⁷) y el derecho al trabajo y al acceso a la cultura de los presidiarios (art. 25.2⁹⁸). La segunda categoría es la de los derechos fundamentales que gozan de eficacia directa ante los tribunales ordinarios aunque no del procedimiento especial del amparo (arts. 30-38 y 53.1), donde se encuentra el derecho al trabajo (art. 35.1⁹⁹). La tercera categoría es la de los que, aunque en el articulado sea llamados “derechos”, en la rúbrica que engloba esos artículos se llaman “principios rectores de la política económica social” (arts. 39-52 y 53.3) que no vinculan de forma directa a los poderes públicos, sino sólo en la medida en que los regulen y desarrollen las leyes ordinarias, por lo que no son auténticos derechos fundamentales. En esta última categoría se incluyen el “derecho a la protección de la salud” (art. 43), el derecho a la cultura (art. 44), el “derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado” (art. 45) o el “derecho a disfrutar de una vivienda digna” (art. 47).

No hay duda alguna de que los “derechos” que están en el capítulo 3 del Título I de la Constitución (arts. 39-52) no son derechos fundamentales sociales. No ocurre lo mismo con los artículos 27.1 y 25.2 de la Constitución que es claro que consagran derechos fundamentales sociales: el primero de ellos (derecho a la educación) no resultaba problemático porque tal derecho ya se consagraba en la legislación anterior a 1978. Tampoco debería haber duda de que el art. 36 consagra un derecho fundamental social, pero la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido progresivamente cercenando su significado: primero, ya en 1981, estableciendo que para conseguir que algunos (más jóvenes) puedan acceder al “derecho al trabajo” se justifica el privar a

95 Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoría da Constituição*, cit., p. 474.

96 “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”.

97 “Todos tienen el derecho a la educación”.

98 “El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma [...] tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

99 “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo”.

otros (más viejos) de su “derecho al trabajo”¹⁰⁰; y luego, en 2014, equiparando el peso del “derecho al trabajo” al de los “principios rectores de la política social y económica” para justificar que en determinados casos de crisis se pueda despedir al trabajador aun sin justa causa¹⁰¹.

V. Los derechos sociales cien años después

La situación de los derechos fundamentales sociales cien años después de Querétaro es cada vez más preocupante. Tres fenómenos, inicialmente independientes pero que ahora se retroalimentan, provocan una erosión continua de los derechos fundamentales sociales: la crisis fiscal del Estado, la inmigración masiva y la globalización.

V.1. La *crisis fiscal del Estado* es un fenómeno sobre el que se empieza a reflexionar en los años setenta del siglo XX en los Estados Unidos donde, aunque no se habían reconocido derechos fundamentales sociales se habían expandido ciertas prestaciones del Estado propias del Estado social. Una de las causas que han determinado la crisis del Estado social ha sido la llamada por O'Connor “crisis fiscal del Estado”¹⁰². Este fenómeno ha sido bien estudiado por Buchanan y Wagner que han demostrado la necesidad de limitar constitucionalmente el gasto público como única solución ante el déficit público generado por el excesivo desprendimiento de los partidos gobernantes para renovar sus mayorías¹⁰³. La realización de los derechos sociales y la expansión de los mismos incluyendo en su contenido un abanico cada vez más amplio de prestaciones, no sólo implicaba un aumento del gasto público por el incremento de las prestaciones mismas, sino un incremento del gasto público por la necesidad de ampliar el aparato administrativo encargado de gestionar esos derechos.

Es precisamente en uno de los Estados europeo-occidentales que más desarrollaron el Estado social, aun sin reconocer derechos fundamentales sociales, esto es, Alemania, donde más pronto se tomó conciencia de este problema. Ya en 1976 se denuncia que la inflación de demandas ciudadanas combinada con una política gubernamental complaciente por razones electorales provocaban un aumento espectacular en el gasto público social¹⁰⁴. Años después, ya en los ochenta, en Italia, se ha podido apreciar en la jurisprudencia cómo el balance entre derechos sociales y equilibrio presupuestario se fue inclinando cada vez más a favor del segundo, a diferencia de lo que ocurría en los años anteriores donde la balanza se inclinaba hacia

100 STC 22/1981, de 2 de julio.

101 STC 119/2014, de 16 de julio.

102 James O'Connor, **The Fiscal crisis of the State**, St. Martin's Press, Nueva York, 1973.

103 James M. Buchanan y Richard E. Wagner, **Déficit del sector público y democracia**, trad. de E. Galdón y J.L. López de Garayo, Rialp, Madrid, 1983 (1ª ed. original norteamericana, 1977), p. 173.

104 Anton Rauscher, **Der Sozialstaat in der Krise?**, J.P. Bachem, Colonia, 1976, p. 12.

el primero¹⁰⁵. Sin embargo, a pesar de que el peligro se venía denunciando desde los años setenta y de que la jurisprudencia de algunos países como Italia trataba de paliar el desequilibrio, es un hecho que la crisis fiscal del Estado se ha agravado. Son varios los países europeos que se hallan en puestos de cabeza en la lista mundial de deuda pública y una visión comparativa arroja un resultado en el que justamente los países occidentales (EE.UU, Canadá, Japón y los países de la Europa Occidental) son los países con más deuda en el mundo¹⁰⁶. Es decir, que en este momento los “Estados sociales” donde se reconocen con mayor amplitud “derechos sociales” (ya estén reconocidos constitucionalmente o sólo legalmente) no pueden asumir el coste de las prestaciones que lleva cabo el Estado y deben acudir a la deuda para financiarlas. Este fenómeno se ve agravado por la interacción con otros dos fenómenos de los que se hablará a continuación.

V.2. La *inmigración* hacia los “Estados sociales” ha conocido, a finales del siglo XX y principios del XXI un espectacular desarrollo. Como es sabido, siempre ha habido migraciones en la historia humana, pero en los últimos decenios se ha producido una masiva emigración hacia los Estados occidentales europeos, aquellos precisamente que más esfuerzos hicieron para construir un Estado social con reconocimiento, legal o constitucional, de derechos sociales. Si uno atiende tanto a las cifras de emigración puramente económica como a la supuestamente política de los que solicitan ser reconocidos como “refugiados” se aprecia claramente que la emigración no se dirige necesariamente a los países más extensos y más poblados, sino a los que tienen mejores servicios sociales. Dentro de la Unión Europea resulta llamativo ver, a este respecto, cómo hay más emigrantes hacia Finlandia (población de 5’4 millones) o Suecia (población de 9’5 millones) que hacia Polonia (población de 38’5 millones), por no hablar de la propia Rumanía (20 millones de población). La emigración no sólo se ve facilitada por la mejora de los medios de transporte, sino también por el hecho de que gracias a la mejora y extensión de los medios de comunicación llegan a las zonas más pobres del planeta imágenes del “primer mundo” imágenes que, por lo demás, suelen ofrecer el aspecto más atractivo (a veces irreal) de ciertos países occidentales.

La consecuencia es que Estados que no podían ya antes de la última oleada migratoria financiar su Estado social, y por ello debían acudir a financiar el funcionamiento del Estado con deuda pública, ven cómo el número de beneficiarios de esos servicios sociales, el número de personas a las que se reconoce esos derechos

105 Quizás el primero en señalar este hecho fue Vincenzo Caianello, “Corte costituzionale e finanza pubblica”, en **Giurisprudenza italiana**, vol. 136, n° 4 (1984), p. 273 ss. [reproducido en AA.VV. **La effettività della tutela giurisdizionale tra la pluralità delle giurisdizioni e la disciplina della finanza pubblica (atti del convegno, Napoli, 11-12 novembre 1983 e Salerno, 13 novembre 1983)**, Giuffrè, Milán, 1985, p. 85 ss.

106 Véanse cifras y mapa en <<http://www.datosmacro.com/deuda>>.

sociales, aumenta incrementando aún más el coste de los servicios, lo cual exige, a su vez, que el Estado se endeude aún más. No es en absoluto cierto que “los inmigrantes suelen, en realidad, aportar más de lo que reciben: por temor o inseguridad, realizan con frecuencia un uso más autocontenido de las prestaciones y servicios públicos que el resto de los ciudadanos” y es una media verdad decir que “pagan impuestos y contribuyen a financiar la seguridad social”¹⁰⁷. Sólo así se explica el aumento del déficit y de la deuda públicas, cuando las prestaciones sociales (y las de los derechos civiles) no sólo se aumentan, sino que se reducen. Es un hecho verificado empíricamente que los inmigrantes de los Estados europeo-occidentales se benefician del derecho a la educación gratuita y del derecho a la protección de la salud, entre otras prestaciones, incluso si son emigrantes ilegales. Por lo demás, es un hecho que, por un lado, una parte importante de los inmigrantes no tienen problema en trabajar en situación irregular y, por tanto, no cotiza a la Seguridad Social (de la que, sin embargo, se benefician) ni paga impuesto de la renta, y, por otro lado, otra parte importante de los inmigrantes trabaja de forma regular, pero en puestos de baja cualificación y bajo sueldo, lo que significa que sus cotizaciones a la Seguridad Social son mínimas. Por si fuera poco, dado que la mayoría de estos inmigrantes es pobre, está dispuesta a aceptar sueldos a la baja, aun en contratos regulares, con el resultado de que aumenta la oferta de trabajo por un bajo salario en el mercado de trabajo, algo que evidentemente perjudica a los trabajadores nacionales, no acostumbrados al nivel de pobreza y miseria de sus competidores en la búsqueda de empleo.

Sólo ignorando completamente el hecho de que los derechos, todos los derechos, pero especialmente los derechos sociales, tienen un coste económico, se puede postular una extensión incondicionada de los derechos sociales (y aun políticos) a la población inmigrante¹⁰⁸. Aplicando la lógica de quienes defienden esta tesis, los derechos sociales financiados por un determinado pueblo deberían ser reconocidos a todos los ciudadanos del mundo, lo cual llevaría a hacer imposible la financiación de los mismos. De hecho, esta es una de las causas de la tremenda erosión de los derechos sociales a comienzos del siglo XXI.

V.3. La *globalización* es un nuevo fenómeno que interactúa con la crisis fiscal del Estado y la inmigración agravando sus efectos. La globalización se caracteriza por varios

107 Gerardo Pisarello, “Derechos sociales e inmigración: razones para una comunidad de iguales”, *Vniversitas* n° 110 (2005), p. 13 ss. p. 53.

108 Dice Pisarello: “el impulso de fronteras cada vez más porosas y la defensa en el horizonte de un derecho universal a migrar es la única alternativa capaz de introducir mejoras”, cfr. Pisarello, “Derechos sociales e inmigración: razones para una comunidad de iguales”, cit., p. 51-52. Es altamente significativo que este autor en ningún momento se refiera a la deuda pública del Estado (habla, eso sí de “deuda social y ecológica, pasada y presente, contraída por los países ricos. y sus empresas en los países y regiones empobrecidos”), cfr. Pisarello, “Derechos sociales e inmigración: razones para una comunidad de iguales”, cit., p. 51).

elementos: en primer lugar, una facilidad como nunca ha habido anteriormente para la circulación de capitales (en gran medida gracias a la digitalización del dinero); en segundo lugar, por unas mejoras en el transporte que permiten que los productos físicos se puedan exportar con un coste cada vez menor (qué decir cuando lo que se vende es un servicio digital); y, en tercer lugar, por la reducción de los aranceles al comercio internacional. La consecuencia es que el capital tiene cada vez mayores facilidades para establecer o trasladar (deslocalización) sus factorías en los lugares más convenientes para sus intereses, pudiendo repatriar los beneficios, y, gracias a la reducción de aranceles, incrementando los beneficios. Es cierto que la facilidad de transporte también beneficia, en cierta medida, a la mano de obra; pero independientemente del coste del transporte, los trabajadores se enfrentan a ciertos obstáculos que dificultan su movilidad (como el idioma, la vivienda, la educación de los hijos).

En este contexto se plantea el problema traten de incluir una “cláusula social” en sus acuerdos comerciales. El problema de los efectos que tiene la ausencia de garantía de derechos sociales sobre la competencia en el mercado internacional no es nuevo y se planteó ya a mediados del siglo XIX¹⁰⁹. Desde entonces se han multiplicado los argumentos para desechar la importancia que tiene la eventual garantía de derechos sociales en la competitividad de las exportaciones. Pero esos argumentos, a mi juicio, son poco convincentes. De entrada, si fuera cierto que la ausencia de garantía de los derechos sociales no es uno de los elementos que abaratan el producto o servicio incrementando su competitividad: ¿por qué oponerse a su establecimiento? Aunque la preocupación por el papel de los derechos sociales en el comercio internacional no es nueva, como ya se ha dicho, el fenómeno de la globalización la ha llevado al primer plano. Una de las manifestaciones de la globalización, la deslocalización, pone de manifiesto la debilidad de los argumentos que niegan el efecto de la garantía de los derechos sociales en el comercio internacional. Imaginemos un país A (por ejemplo, España), que ya tiene una determinada fábrica que produce bienes que se venden en el mercado del propio país A mayormente, pero lo traslada un país B (por ejemplo, Marruecos) a una distancia menor de 100 kilómetros, con la dificultad añadida de tener que transportar los bienes por vía marítima para venderlos en el país A. Parece difícil argumentar, en un caso así, que la deslocalización no se hizo para aprovechar las ventajas de las peores condiciones sociales de los trabajadores en el país B.

Este fenómeno interactúa fatalmente con los otros. Por un lado, la globalización y la deslocalización acentúan la crisis fiscal del Estado, pues suponen una merma de ingresos impositivos para el Estado que la sufre. Por otro lado, aparentemente la globalización debería producir un efecto disuasorio respecto a la inmigración al crear empleo en los países más pobres; sin embargo, la constatación empírica es que

109 Francisco Javier Gutiérrez Hurtado y Luis Fernando Lobejón Herrero, “Cláusulas sociales, comercio internacional y derechos laborales. La perspectiva de los países subdesarrollados”, **Revista de Economía Crítica**, nº 7 (2009), p. 55 ss. (p. 57).

no es así. A mi juicio, precisamente porque la deslocalización procura más bien fijar al trabajador pobre en su país, pero en un momento en que gracias a los medios de comunicación ese mismo trabajador del país pobre es más consciente que nunca de lo que NO le proporciona ese trabajo. De ahí que él mismo o gente de su entorno quiera mejorar su situación para sí mismo y su familia emigrando a un país que reconoce derechos sociales para sí y su familia, lo cual implicará que el coste de la satisfacción de esos derechos deberá aumentar, lo cual exigirá aumentar la deuda pública, pero al contraer más deuda pública para mantener esos derechos, el atractivo para la llegada de nuevos inmigrantes no desaparecerá, agravando aún más el coste del mantenimiento de estos derechos.

La cuestión puede ser analizada desde una perspectiva diferente si la premisa para el análisis es el reconocimiento de los derechos fundamentales sociales. Del mismo modo que un Estado A controla la ejecución de ciertas órdenes del Ejecutivo o del Judicial de un Estado B para verificar que las mismas no se hayan producido con violación de ciertos derechos fundamentales (derecho a la integridad física –prohibición de la tortura-, derecho a un juicio justo), el reconocimiento de derechos fundamentales sociales en un Estado A debería poder permitir el control de aquellas actuaciones (mercantiles, por ejemplo) en un Estado B para impedir la comercialización de bienes o servicios producidos violando las reglas fundamentales del Estado A, que en este caso serían los derechos fundamentales sociales.

VI. Conclusiones

Los derechos sociales fundamentales son derechos subjetivos reconocidos en la norma fundamental cuyos titulares son ciertos grupos o categorías sociales. Desde un planteamiento puramente positivista nada impide el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales sociales. Dado que todos los derechos (fundamentales o no) que sean verdaderos derechos y no meras proclamaciones tienen un coste económico, en la medida en que no sólo el dar, sino también el hacer, o la garantía de un no hacer exigen actuaciones de poderes públicos que no son posibles sin una dotación presupuestaria. La cuestión de qué derechos se garantizan con esa dotación presupuestaria es una decisión política.

El reconocimiento de los derechos fundamentales sociales implica el establecimiento de un Estado social, pero es posible que se reconozcan derechos sociales de nivel infraconstitucional. Una Constitución, como fue el caso de la Constitución mexicana de Querétaro, puede establecer mandatos legislativos para crear derechos sociales y articular un Estado social.

El constitucionalismo occidental sólo de forma aislada ha reconocido directamente derechos fundamentales sociales, y muchas veces recoge normas

que hablan de “derechos” sociales pero que no establecen auténticos derechos fundamentales sociales, fenómeno que también se encuentra en declaraciones y tratados internacionales. Distinto fue el caso del “constitucionalismo” comunista que a partir de 1936 tuvo como uno de sus elementos característicos el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos fundamentales sociales.

Tras la caída del comunismo se produjeron algunos fenómenos que han impactado en los derechos sociales: la crisis fiscal del Estado, la inmigración masiva y la globalización. Cien años después, ha quedado de manifiesto que es perfectamente posible en términos jurídicos la constitucionalización de derechos sociales. Para ello, además, el Estado que pretende garantizar dichos derechos fundamentales sociales debe establecer unas reglas básicas consecuentes: 1) la fijación previa del porcentaje del presupuesto destinado a la protección de esos derechos; 2) la atribución de la titularidad de estos derechos sociales sólo a los nacionales; y 3) el control sobre los actos producidos en otra jurisdicción en violación de esos derechos fundamentales sociales.

Referencias

- ARROYO, César Landa. Los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional de América Latina. **Ius et veritas**, n. 45, 2012.
- BUCHANAN, James M.; WAGNER, Richard E. **Déficit del sector público y democracia**. Trad. de E. Galdón y J.L. López de Garayo, Rialp, Madrid, 1983.
- BUEN, Néstor de. El sistema laboral en México. In: Patricia Kurczyin Villalobos. **Panorama internacional de Derecho social**. México: UNAM, 2007.
- CAIANELLO, Vincenzo. Corte costituzionale e finanza pubblica. In: **Giurisprudenza italiana**, v. 136, n. 4, 1984.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoría da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.
- CANTOR, Ernesto Rey. **Las generaciones de los derechos humanos**. 7. ed. Bogotá: Universidad Libre, 2011.
- CANTÚ, Alfonso Noriega. El nacimiento de los derechos sociales en la Constitución de 1917. In: VV.AA. **El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX. La Constitución mexicana 70 años después**. México: UNAM, 1988, v. V.
- FERNÁNDEZ, Albert Noguera. **Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- FORSTHOFF, Ernst. **El Estado de la sociedad industrial**, Trad. de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- _____. Concepto y esencia del Estado social de Derecho. In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. **El Estado social**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- GEORGITSI, Evangelia. De l' 'impossible justiciabilité' des droits sociaux fondamentaux. In: Julia Iliopoulos-Strangas y Theunis Roux. **Perspectives nationales et internationales des droits sociaux**. Atenas/Bruselas: Sakkoulas/Bruylant, 2008.
- GONZALBO, Fernando Escalante. El lenguaje del Artículo 27 constitucional. In: Emilio Kourí (coord.), **En busca de Molina Enríquez. Cien años de los grandes problemas nacionales**. México: El Colegio de México/ University of Chicago, 2009.
- HURTADO, Francisco Javier Gutiérrez; HERRERO, Luis Fernando Lobejón. Cláusulas sociales, comercio internacional y derechos laborales. La perspectiva de los países subdesarrollados. **Revista de Economía Crítica**, n. 7, 2009.
- IHERING, Rudolf von. **Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung** (1852-1858). 8. ed. Basilea: Benno Schwabe & Co. Verlag, 1954.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifest der Kommunistischen Partei**. Office der Bildungs-Gesellschaft für Arbeiter von I. E. Burghard, Londres, 1848.

MENZEL, Wolfgang. Grundrechte im bürgerlichen Staaten. In: MENZEL, Wolfgang (ed.). **Staatsrecht bürgerlichen Staaten**. Berlin: Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, 1986.

MIGUEL, Carlos Ruiz. **La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Un estudio sobre la relación entre el Derecho nacional y el internacional. Madrid: Tecnos, 1997.

_____. La judicialización del Derecho europeo y la llamada inconstitucionalidad por omisión. **Revista Brasileira de Direito**, v. 11, n. 1, 2015.

O'CONNOR, James. **The Fiscal crisis of the State**. Nueva York: St. Martin's Press, 1973.

PFERSMANN, Otto. Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux en tant qu'objets juridiques. In: FAVOREU, Louis. **Droit des libertés fondamentales**. 6. ed. París: Dalloz, 2012.

PISARELLO, Gerardo. Derechos sociales e inmigración: razones para una comunidad de iguales. **Universitas**, n. 110, 2005.

_____. Solidaridad e insolidaridad en el constitucionalismo contemporáneo: elementos para una aproximación. **Revista de Estudios Sociales**, n. 46, 2013.

RAUSCHER, Anton. **Der Sozialstaat in der Krise?** Colonia: J.P. Bachem, 1976.

RUBIO, Patricio. Los derechos económicos sociales y culturales en el texto de la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP**, n. 71, 2013.

SALDAÑA, Quintiliano. **La Revolución Rusa**. La Constitución rusa de 10 de julio de 1918. Madrid: Reus, 1919.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución (1928)**. Trad. de Francisco Ayala (1934), Madrid: Alianza, 1982.

STAFFEN, Marcio Ricardo; LANGER, Octaviano, Considerações sobre a exigibilidade judicial dos direitos sociais num Estado democrático de Direito. **Revista de Estudios Jurídicos UNE-SP**, v. 15, n. 22, 2011.

STALIN, Josif. **On the draft Constitution of the U.S.S.R./Constitution (Fundamental Law) of the Union of Soviet Socialist Republics**. Moscow: Foreign Languages Publishing house, 1945.

ZAMUDIO, Héctor Fix. La Constitución y el Estado social de Derecho. In: VV.AA. **El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX. La Constitución mexicana 70 años después**. México: UNAM, 1988, v. V.