

Los derechos sociales en Alemania, Italia, España y Francia

*Germán Alfonso López Daza**

* Profesional en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santo Tomás de Aquino, Bogotá. Especializado en Instituciones Político-Jurídicas y Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia y la Universidad de París II, respectivamente. Adicionalmente, ostenta una maestría en Instituciones y Políticas Públicas (Universidad de París I), y un

Criterio Jurídico Santiago de Cali V. 12, No. 1 2012-1 pp. 11-45 ISSN 1657-3978

Recibido: 2 de marzo de 2012

Aprobado: 6 de junio de 2012

Resumen

Los derechos sociales o de segunda generación se caracterizan por obligar al Estado a realizar prestaciones como la salud, la educación, la vivienda, la seguridad social, etc. Como categoría histórica de los derechos fundamentales, presentan un desarrollo constitucional importante en los sistemas jurídicos europeos, lo cual ha permitido elevar el nivel de protección de sus ciudadanos. Los derechos sociales de Francia, España, Italia y Alemania manifiestan unas características que los hacen diferentes y que, como punto de coincidencia, no han tenido una tradición de exigibilidad a través de la vía judicial. En la actualidad, su materialización ha sido un asunto de política estatal, lo que les ha permitido a sus asociados mantener un alto nivel de vida.

Palabras clave

Derechos sociales, Estado de bienestar, Estado providencia, Constitución Política.

Abstract

Fundamental rights are often divided into three categories. The defining characteristic of social rights, or second-generation rights, is that the state is forced to provide services such as health, education, housing, and social security. As a historical category of fundamental rights, social rights have had an important constitutional development in European legal systems, and this has made it possible to raise the level of protection for European citizens. Social rights in France, Spain, Italy, and Germany have different characteristics. Nevertheless, one thing that social rights in these countries have in common is that they have not been traditionally enforced through the courts. Public policy has made these rights real, and this has allowed Europeans to maintain a high standard of living.

Keywords

Social rights, welfare state, provident state, constitution.



Introducción

En los últimos años ha surgido en diversos países de Europa y América Latina, y en algunos sistemas jurídicos poco estudiados en nuestro medio —como la India y Suráfrica—, un marcado interés por los derechos sociales, habida cuenta de su importancia en el mundo moderno.

Sin embargo, su materialización se ha puesto en entredicho en muchos países (entre ellos en Colombia) por el desprestigio y la incapacidad de las instituciones democráticas de representación (congresos, cámaras de diputados, parlamentos), así como por el desgaste de estos espacios de mediación social y política, lo cual ha favorecido el desplazamiento hacia el campo judicial de los conflictos sociales que podrían ser dirimidos en otros espacios públicos o sociales.

Esta situación ha avivado con especial fuerza el tema de la eficacia de los derechos sociales, así como la discusión sobre las esferas de actuación de las instancias judiciales en relación con las instancias políticas.

Cuando los textos constitucionales fijan pautas para el diseño de políticas públicas (principios y valores, por ejemplo) de las que depende la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, y los poderes respectivos (legislativo y ejecutivo) no han adoptado ninguna medida, corresponderá a la rama judicial verificar esa omisión y obligar al Estado a la protección de los derechos conculcados.

Sin embargo, este fenómeno no es igual en Europa. La vigencia de verdaderos estados de bienestar (*welfare state*, *État-providence*) en el siglo XXI es una realidad que los europeos desean mantener y, más aún, buscan profundizar¹.

¹ Múltiples medidas son reflejo de esta situación. En Francia, por ejemplo, se redujo la jornada laboral a 35 horas semanales durante el gobierno del socialista Lionel Jospin a partir del año 2000. Esta reducción tuvo como finalidad la creación de empleo y la mejora de la calidad de vida de los trabajadores franceses. Sin embargo, muchas han sido las críticas a esta modificación, pues datos estadísticos revelan que esta ley no

Doctrinantes como Sapir (2005) parten de la existencia de cuatro modelos europeos en materia de instituciones sociales: el nórdico, el anglosajón, el continental y el mediterráneo, siendo los dos primeros los más eficientes².

Estos modelos tienen como común denominador la implementación de medidas especiales por parte del Estado que tienden a mejorar las condiciones de vida de sus habitantes, en sectores neurálgicos como la seguridad social (salud y pensiones), los subsidios especiales, la protección a los trabajadores y el acceso a la vivienda.

El presente artículo pretende retomar los desarrollos normativos, doctrinales y jurisprudenciales en materia de derechos sociales de cuatro sistemas muy próximos a Latinoamérica: España, Italia, Francia y Alemania. Se analizará su fuente constitucional, así como la materialización realizada por el Estado.

Sin embargo, en una primera parte, se abordará el aspecto de los derechos fundamentales y de la clasificación en generaciones. De esta forma, se describirán los derechos sociales o de segunda generación para iniciar así, en una segunda parte, el desarrollo de los derechos sociales en algunos países europeos.

alcanzó los objetivos propuestos (Martín, 2003). Adicionalmente, véase Jean-Emmanuel Ray (2008) y Henry Rouilleault (2001).

² El modelo nórdico, propio de Suecia, Holanda, Noruega, Dinamarca e Islandia, se caracteriza por tener el nivel más alto de protección social por el acceso generalizado a las prestaciones sociales y un altísimo nivel de impuestos. El modelo continental (Francia, Alemania, Bélgica, Austria) es conocido por entregar más recursos al sistema pensional y de invalidez y amplios subsidios con bajas exigencias. El anglosajón (Reino Unido e Irlanda), considerado muy eficiente después del nórdico, presenta mayores subsidios a la población en edad de trabajar y menores sumas a las pensiones. El mediterráneo, representado principalmente por España, Italia, Portugal y Grecia, se caracteriza por un desarrollo después de los años setenta, con un modelo de gastos bajo en pensiones y asistencia social.

1. Las discutidas generaciones de los derechos fundamentales

Toda clasificación jurídica es el resultado de una operación intelectual que busca catalogar en un mismo grupo una serie de elementos y designa con el mismo nombre aquellas normas jurídicas que poseen en común ciertas características. Muchos autores han adaptado esta guía de estudio que busca clasificar los derechos fundamentales e identificarlos previamente. Esta identificación reposa sobre criterios variables en función de los autores. Sin embargo, se admite que la categoría de los derechos fundamentales reúne los derechos y libertades esenciales para la protección de la dignidad del hombre (Chagnollaud, 2006: 306).

Es muy común observar en los diversos manuales de derecho constitucional clasificaciones muy ceñidas al tema de las libertades públicas. Frente al fenómeno de la interpretación, la doctrina mayoritaria insiste en la combinación de criterios formales y sustanciales para ajustar un derecho o una libertad en la categoría de los derechos fundamentales.

Tradicionalmente, se ha distinguido en la teoría de los derechos humanos y del derecho constitucional al menos tres y hasta cuatro o cinco categorías de derechos del hombre. Frente a las diferentes clasificaciones, existe una que es la más difundida por la doctrina, y es la relacionada con su desarrollo histórico. Las tres categorías de derechos y libertades corresponden a las tres generaciones de normas jurídicas: los derechos civiles y políticos (o derechos de primera generación), los derechos económicos y sociales (o derechos de segunda generación) y los derechos de la solidaridad (o derechos de tercera generación).

Esta categorización de los derechos fundamentales tiene su explicación en elementos históricos. Dicha clasificación no se dio por azar, sino que ha respondido a exigencias que se han manifestado progresivamente (Haarscher, 2004: 30).

A pesar de esta categorización por generaciones, es necesario enfatizar que los derechos fundamentales son indivisibles e interdependientes, ya que, para poder disfrutar unos derechos de primera generación, es

indispensable tener asegurado un mínimo de derechos económicos, sociales y culturales, pues ¿de qué le sirve a un ser humano tener el derecho a la vida si no se tiene acceso a la seguridad social, y con ello a la salud para asegurarla, por citar solo un caso?

En los últimos años se ha comenzado a hablar de otras generaciones que aún se encuentran en proceso de construcción por la doctrina. Esta gama de derechos fundamentales actualmente existente no está cerrada. El reconocimiento de nuevos derechos dependería en gran parte de la evolución de la sociedad y principalmente de la voluntad de los poderes públicos.

A continuación se reseñan brevemente las categorías existentes.

1.1. Los derechos de primera generación

Se puede afirmar que la denominada primera generación de derechos tiene un origen entre los siglos XVII y XVIII y concierne los derechos civiles y políticos. Tiende a defender la libertad individual contra el poder del Estado (igualdad ante la ley, seguridad, protección contra la arbitrariedad, derecho de propiedad, libertad de conciencia, libertad de expresión y libertad de opinión). Estos derechos son calificados como “derechos-libertades” y son de inspiración liberal e individualista.

Los derechos civiles y políticos corresponden a los derechos-facultades enunciados por las declaraciones del siglo XVIII. De inspiración liberal, estos derechos permiten al individuo hacer cualquier cosa (derecho a elegir y a ser elegido, libertad individual, libertad síquica, libertad de expresión y de comunicación, libertad de asociación, principio de igualdad) o poseer un bien (derecho de propiedad).

En muchos países con influencia constitucionalista, estos derechos son los protegibles (en principio) mediante acciones judiciales, que para el caso colombiano es la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991³, en España en el numeral 2 del artículo

³ Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales

53 de la Constitución de 1978⁴ y en el caso alemán en el artículo 194 de la Constitución de 1949⁵.

1.2. Los derechos de segunda generación

Luego de la aparición de los derechos de primera generación, aparecieron unos derechos con un contenido diferente al de los desarrollados desde el siglo XVIII. En efecto, estos derechos empezaron a gestarse a finales del siglo XIX con las reclamaciones laborales que se iniciaban en plena Revolución Industrial, tanto en algunos países de Europa como en América.

Los derechos económicos y sociales suponen, por su parte, una intervención del Estado. Son derechos exigibles proclamados en la

fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

⁴ Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

⁵ 1. Cuando al amparo de la presente Ley Fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de lo dispuesto en ella, dicha ley deberá aplicarse con carácter general y no sólo para un caso particular y deberá especificar, además, el derecho en cuestión indicando el artículo correspondiente. 2. En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental. 3. Los derechos fundamentales se extienden a las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, con arreglo a su respectiva naturaleza, aquellos les sean aplicables. 4. Si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales. Cuando no se haya establecido competencia alguna de índole especial, se dará recurso ordinario (*Der ordentliche Rechtsweg*), sin que esto afecte a lo dispuesto en el artículo 10, párrafo 2, segundo inciso.

primera mitad del siglo XIX. Esta categoría contempla los derechos económicos, sociales y culturales, calificados también como *derechos-acreencias*.

La crisis económica que empezó con la Gran Depresión de 1929 fue un factor fundamental para comprobar cómo las fuerzas de la economía y las leyes de la oferta y la demanda no podían garantizar unas condiciones mínimas de vida digna.

Los liberales distinguen entre derechos de hacer algo (por ejemplo, el derecho a la libre expresión) y los derechos que implican que “otros hagan algo por uno”, en la práctica por la coerción ejercida por el Estado (por ejemplo, el derecho a la vivienda). Se les ha llamado a los primeros “los derechos de” y a los segundos “los derechos a”. Raymond Aron los denominó derechos-libertades⁶.

Los derechos sociales se encuentran incluidos en muchas constituciones actuales desde comienzos del siglo XX. Se suele señalar la Constitución mexicana de Querétaro de 1917⁷ como la iniciadora del constitucionalismo social. Esta carta consagró las denominadas garantías sociales en la historia del constitucionalismo moderno, dos años antes que la Constitución de Weimar en Alemania (1919).

La declaración de garantías individuales que contiene la Constitución mexicana de 1917 abarca más de 80. Esta declaración está contenida primordialmente en los artículos 3, 27, 28 y 123, que se refieren a la educación, al agro, al régimen de propiedad y al aspecto laboral (Carpizo, 1996: 448). Siguieron este proceso las constituciones de la

⁶ Raymond Aron (14 de marzo de 1905 al 17 de octubre de 1983) fue un sociólogo, politólogo y filósofo francés.

⁷ La Constitución mexicana actualmente vigente se le denomina también de Querétaro pues el 1 de diciembre de 1916 el Congreso Constituyente abrió sesiones en el Teatro Iturbide en la ciudad de Santiago de Querétaro. El Congreso Constituyente contó con diputados de todos los estados y territorios federales con excepción de los estados de Campeche y Quintana Roo (Carpizo, 1996).

segunda posguerra, tanto en Europa como en Latinoamérica. Estos países garantizaron algunos derechos sociales en sus respectivas cartas⁸.

El reconocimiento y desarrollo de estos derechos por parte de otros sistemas constitucionales y de la misma doctrina tuvieron que esperar hasta después de la Segunda Guerra Mundial.

Ahora bien, la experiencia y un sector de la doctrina constitucional expresan que los derechos sociales tienen especiales características que los diferencian de los derechos individuales o libertades públicas. Afirman que, al tratarse de derechos de prestación, su existencia depende no solo de la voluntad de la Constitución, sino, sobre todo, de la disponibilidad de efectivos recursos económicos para materializar estas prestaciones (López Guerra, 1994: 109).

Dicen además estos teóricos que la garantía de los derechos de prestación no puede establecerse de una forma fija e incondicionada, sino forzosamente en función de las posibilidades económicas del momento. Incluso cuestionan la conveniencia de su inclusión en los textos constitucionales⁹.

⁸ Por citar algunos ejemplos, la Constitución francesa de 1946, la italiana de 1948, la de Guatemala de 1945, la de Grecia de 1975, la de Portugal de 1976, la de España de 1978, etc.

⁹ Sobre este particular, es interesante analizar la postura de ciertos doctrinantes como Luis López Guerra, quien afirma: “[...] el reconocimiento de derechos que no se puede garantizar, o cuya efectividad puede verse alterada por consideraciones de oportunidad, viene a devaluar el valor de los preceptos constitucionales, que, en estos supuestos, en lugar de mandatos, se limitarían a exponer principios generales, o declaraciones de buenos propósitos. A ello se añade que el reconocimiento de estos derechos en las Constituciones suele ser tanto más generoso cuanto más precaria es la situación económica de los Estados que las dictan. Por ello, los textos constitucionales, en ocasiones, prefieren separar el reconocimiento de aquellos derechos que efectivamente se garantizan y son inmediatamente exigibles, de la proclamación de principios o directrices con un carácter más programático u orientativo que inmediatamente imperativo. Ello no significa que estos ‘principios sociales’ carezcan de eficacia jurídica. Pero tal eficacia es de distinta naturaleza de la que ostentan los derechos de libertad”.

Sin embargo, lo anterior no es óbice para que un buen número de nuevas constituciones hayan consagrado nuevos derechos sociales¹⁰.

Estos derechos de la segunda generación de inspiración marxista contienen, sobre todo, “derechos a”, contrario a los contenidos en la *Declaración de Derechos del Hombre*, los cuales son de inspiración liberal y contienen principalmente derechos de la primera categoría. Tales derechos tratan no solamente de *libertades de hacer*, sino *derechos a los bienes* que es necesario producir y financiar, lo que implica impuestos, recaudadores, aparato estatal, burocracia, leyes, reglamentos, etc. Conlleva igualmente que se tome a las propiedades y a las libertades como parte de los derechos legítimos de los individuos.

Algunos filósofos, como Henri Lepage, expresan que el reconocimiento de los derechos sociales implica la depredación y explotación del Estado a sus ciudadanos bajo el pretexto de la justicia social o la igualdad. Como lo explica Lepage (1998), esto fue el resultado de una filosofía subjetivista del derecho, según la cual cada uno tiene hasta cierto punto derecho a todo lo que desea, siempre que consiga convencer al detentador del poder político. Aparentemente, se tiene derecho a lo que se quiera y lo que uno quiere podría ser un derecho reconocido como un derecho universal del hombre.

Los derechos sociales comprenden el derecho al trabajo; el derecho a la educación; el derecho a la salud; el derecho al esparcimiento; el derecho a un mínimo de bienes materiales; el derecho a la cultura; el derecho al seguro en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos independientes de la propia voluntad; el derecho a la protección de la maternidad y de la infancia; los derechos de autor; etc.

Hacia la década de 1970 aparecieron nuevas generaciones que engendraron ciertos interrogantes en cuanto a la compatibilidad con los derechos anteriores.

¹⁰ Es el caso de las nuevas constituciones de algunos países latinoamericanos que han incluido derechos como el del *hábitat y vivienda* (C. P. del Ecuador), *las nuevas tecnologías de la información* (C. P. de Bolivia) o *crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico y crear riqueza y bienestar para el pueblo* (C. P. de Venezuela).

Dado que en la actualidad predominan regímenes constitucionales valorativos y normativos, en la mayoría de los países la Constitución puede imponer límites a los derechos sociales, de acuerdo con la política económica y social. Esto no implica obligatoriamente constitucionalizar un modelo económico, pero sí que las políticas públicas puedan tener restricciones normativas (Uprimny y Rodríguez, 2007: 31).

1.3. Los derechos de tercera generación

En el período de la segunda posguerra (Guerra Fría), se extendieron los poderíos de los dos bloques predominantes (capitalismo y comunismo), de tal manera que se impusieron Gobiernos y se dominaron militarmente vastos territorios del planeta. Esta problemática se desarrolló en diversas naciones, lo que generó más pobreza en los países de la periferia. De esta forma se sugiere que nació la solidaridad internacional entre personas de diferentes países para ayudar a que estos problemas se resolvieran respetando su derecho como nación o pueblo.

Los derechos de las naciones, o derechos de solidaridad, nacen de problemas y conflictos supranacionales como réplica a la necesidad de colaboración entre las naciones.

Los derechos de tercera generación corresponden a los derechos de la solidaridad que emergen de la reivindicación de los Estados del tercer mundo en la segunda mitad del siglo XX. Algunos ejemplos de tales derechos son el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, el derecho al medio ambiente sano y el derecho a la libre disposición de los pueblos.

Los derechos proclamados en esta generación se relacionan con los problemas del medio ambiente, las guerras, el reclamo de la autodeterminación y el desarrollo digno de los pueblos indígenas y de las naciones del tercer mundo. Son los derechos a un medio ambiente puro y sano, al desarrollo sostenible y durable, al agua, al aire, a la paz e incluso al respeto del patrimonio común de la humanidad.

Algunos de estos derechos han tomado fuerza en Europa por cuenta de la adopción de la Carta del Medio Ambiente, que prevé que cada uno

tiene el derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado y respetuoso de la salud (Mondou, 2005: 75).

1.4. Los derechos de cuarta generación

Esta generación contempla los derechos ligados a los medios de comunicación e información, con la posibilidad para toda persona de acceder a las nuevas tecnologías y principalmente a los servicios de comunicación pública en línea (Chagnollaud, 1996: 31).

Estos derechos comprenderían igualmente el acceso a los progresos de la medicina y la biología. En el dominio de la biomedicina, los nuevos derechos abarcarían la cuestión de la eutanasia, la disponibilidad del cuerpo humano y el derecho a la procreación mediante tratamientos médicos asistidos. Los derechos genésicos o reproductivos son verdaderas cuestiones vitales que se encuentran ya reconocidos como derechos en muchos países (Gautier, 2000: 167).

Existen amplios debates actuales sobre si esos derechos de cada categoría son complementarios o contradictorios. Para algunos, son derechos complementarios e indivisibles, como bien lo muestra la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que no diferencia los derechos o libertades según su naturaleza, sino a partir de seis valores fundamentales: la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía y la justicia.

Para otros, los derechos de segunda, tercera y cuarta generación atentan contra los de primera (Hayek, 1983: 127)¹¹.

1.5. Los derechos de quinta generación

Algunos sectores han ido más allá y han comenzado a hablar de los derechos de quinta generación, como aquellos pertenecientes a los llamados derechos de las generaciones futuras (García Hernández, 1996). Estos derechos dependen del reconocimiento y el cumplimiento

¹¹ Afirmación de Friedrich August von Hayek (1899-1992), ganador del Premio Nobel de Economía en 1974 y posiblemente el pensador liberal más importante del siglo pasado.

de los deberes de las generaciones presentes, de nuestra capacidad de mirar hacia adelante y tener en cuenta a nuestros hijos y a sus hijos.

Por primera vez en la historia de la humanidad, la conciencia de la globalidad y del impacto de nuestras acciones —empezando por la influencia del propio número de habitantes sobre el medio ambiente— nos obliga a proceder de tal modo que se eviten efectos irreversibles sobre el entorno, lo que podría limitar o anular a las generaciones venideras el ejercicio de sus derechos.

Es, pues, el criterio de irreversibilidad —de alcanzar puntos de no retorno— el que exige moralmente la adopción de decisiones a tiempo, antes de que sea demasiado tarde para corregir las tendencias que podrían desembocar, en caso contrario, en alteraciones incontrolables¹².

Muchas son las críticas a esta clasificación. La más recurrente se relaciona con la pertinencia, es decir, con el carácter poco operativo de esta caracterización. Por ejemplo, el derecho a la vida, a pesar de ser de primera generación, hoy día requiere de recursos para la subsistencia. Es decir, este elemento no es exclusivo de los derechos sociales. Además, la libertad de expresión ha tomado connotaciones diferentes a las del siglo XVIII, por las nuevas tecnologías de la información, como Internet. Incluso, ya se está proponiendo que el acceso a Internet se convierta en un derecho fundamental¹³.

¹² Documento redactado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), presentado en la clausura de la reunión de expertos organizada por el Instituto Tricontinental de la Democracia Parlamentaria y de los Derechos Humanos de la Universidad de La Laguna sobre los derechos de las generaciones futuras. <<http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000963/096321s.pdf>>

¹³ La utilización de Internet se ha convertido hoy en día un instrumento muy importante para el ejercicio de la libertad de expresión, tal como se pudo constatar en las revueltas de Oriente Medio en 2011. Ante este nuevo panorama, la ONU ha afirmado que el acceso a la web debe mantenerse y es especialmente valioso “en momentos políticos clave como elecciones, tiempos de intranquilidad social o aniversarios históricos y políticos”. Es por ello que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha declarado el acceso a Internet como un derecho humano. El relator especial de la ONU, Frank La Rue, expresó que Internet no solo permite a los individuos ejercer su derecho de opinión y expresión, sino que también forma parte de sus derechos humanos y promueve el progreso de la sociedad en su conjunto. La ONU se ha mostrado contrariada por las medidas opresoras de algunos Gobiernos que violan

Peter Häberle afirma el doble carácter de los derechos fundamentales, como garantías de la libertad individual y como instituciones que persiguen fines sociales y colectivos constitucionalmente proclamados (Fernández Segado, 1992: 469).

La idea nueva de la Constitución Política, que se inicia con la Carta de Weimar, conduce a que las clásicas libertades individuales dejen de concebirse como algo negativo para, al positivizarse como valores (la libertad, la igualdad, etc.), cambiar radicalmente de signos. De esta forma, se acercan a los otrora distantes derechos prestacionales (Fernández Segado, 1992: 460).

La experiencia de los derechos sociales indica realidades objetivas (Cascajo Castro, 1984: 45), irreductibles a un mismo orden conceptual: pretensiones jurídicas frente a los poderes públicos, intereses legítimos, derechos de crédito en las relaciones entre particulares, control del ejercicio de poderes privados, fines públicos no coordinados con las pretensiones jurídicas de los particulares y mecanismos de garantía.

Todo lo anterior ha generado escepticismo de algunos sectores doctrinales, especialmente cuando se trata de definir si son derechos subjetivos o meras expectativas derivadas de la forma del Estado.

Algunos derechos sociales son tratados como principios de protección a la familia, los niños, la juventud, los disminuidos, los ciudadanos de la tercera edad, los trabajadores, los consumidores y los usuarios, así como el derecho a la salud, el derecho de acceso a la cultura, el derecho al

el acceso a Internet, como es el caso de Francia con su ley Hadopi o de dictaduras como China, que ha bloqueado el acceso a páginas como Facebook, Twitter, YouTube y LinkedIn. En el caso colombiano, Internet se ha vuelto un medio indispensable para trámites administrativos ante el Estado, como la obtención del pasado judicial, la obtención de los antecedentes de la Procuraduría o la Contraloría, la impresión del carnet del SISBEN o la inscripción para las pruebas SABER. Es por ello que los congresistas Honorio Galvis (senador) y Simón Gaviria (representante a la Cámara) radicaron el proyecto de acto legislativo por medio del cual se busca reformar el artículo 20 de la Constitución para convertir el acceso a Internet en un derecho fundamental.

medio ambiente sano, el derecho a una vivienda digna y, finalmente, el principio de conservación y promoción del patrimonio.

2. Los derechos sociales en Europa

2.1. Los derechos sociales en Alemania

En Alemania, los derechos sociales no tuvieron una percepción favorable sobre el plano constitucional del siglo XIX. El proyecto de Constitución elaborado después de la Revolución de 1848 (*Paulskirchenverfassung*) no mencionaba el derecho al trabajo ni el derecho a la asistencia. Solo el artículo 155 establecía la creación de un buen número de escuelas públicas. Del mismo modo, en 1871 la Constitución del Reich no reconocía ni libertades públicas ni derechos sociales.

Contraria a esta tradición, la Constitución de Weimar contempló una parte muy detallada titulada “los derechos y deberes fundamentales”. Aparecían como derechos sociales la educación de la juventud, la gratuidad de los medios de instrucción, la subsistencia por el trabajo, la prevención de las enfermedades, la seguridad para la vejez y las ayudas para vivienda.

Estos derechos sociales estaban formulados como principios directores y como declaraciones programáticas. Sin embargo, en la práctica, estos derechos fueron débiles, pues la jurisprudencia confirmó su carácter programático con poca efectividad (Lange, 1981: 82).

Hoy en día, la noción de derechos sociales en Alemania (*soziale Grundrechte*) es demasiado ambigua. Sobre el plano de la Constitución federal, el artículo 20, inciso 1, de la Constitución Política dispone que la República Federal Alemana es un Estado democrático y social de derecho.

La ley fundamental alemana resulta muy reservada en cuanto a la consagración de los derechos sociales, mientras que las constituciones de los *Länder* (elaboradas al mismo tiempo que la federal) se muestran más ricas sobre este tema.

Es por ello que, si se revisan los anales de la historia, al momento de las deliberaciones de la Junta Parlamentaria (*Parlamentarischer Rat*), prevaleció la posición contra la adopción de los derechos sociales, el carácter provisional de la ley fundamental y la imprevisibilidad de la evolución social y económica.

Los derechos fundamentales no debían reflejar programas políticos heterogéneos, sin un acuerdo unánime sobre la sustancia. El único mandato constitucional directo es el artículo 6, inciso 4, de la Carta Política, que dice: “Toda madre tiene el derecho a la protección y a la asistencia de la comunidad”. Por su parte, el artículo 6, inciso 5, de la Constitución aparece como un mandato dirigido al legislador con el fin de crear las condiciones iguales: “La legislación debe asegurar a los niños naturales las mismas condiciones que a los niños legítimos en lo que concierne a su desarrollo psíquico y moral y su estatus social”.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) no ha considerado estas dos líneas solamente como fórmulas programáticas, sino que las ha interpretado como mandatos al legislador con fuerza derogatoria en relación con los derechos.

En cuanto a los *Länder*, antes de la ratificación de la ley fundamental, estos entes territoriales consagraron en sus constituciones catálogos más o menos detallados de derechos sociales, como es el caso de las constituciones de Hesse (1 de diciembre de 1946), de la Baviera (2 de diciembre de 1946), de Renania-Palatinado (18 de mayo de 1947), de Sarre (15 de diciembre de 1947) y de Bremen (21 de octubre de 1947). Esta consagración masiva de derechos sociales es un verdadero renacimiento de esta categoría de derechos después de la experiencia de la República de Weimar.

Como ejemplo de algunos de estos derechos, se pueden mencionar la protección de las madres; el derecho a una remuneración igual a la pagada a los hombres, a las mujeres y a los mineros; el derecho a una vivienda adecuada; el derecho a una formación profesional y a la educación; el acceso a la seguridad social; la garantía de una

Los derechos sociales en Alemania, Italia, España y Francia

remuneración mínima; y el derecho al trabajo o al menos a un subsidio de desempleo. Asimismo, el desarrollo de las cortes constitucionales de los *Länder* raramente ha reducido los derechos individuales directamente aplicados por la administración y los tribunales.

Por ejemplo, la Corte Constitucional de la Baviera interpretó el alcance del artículo 175 de la Constitución de Baviera, y expresó el derecho subjetivo a la cogestión para los trabajadores, el cual debe ser desarrollado por el legislador con un gran poder de discrecionalidad. Asimismo, el tribunal constitucional de Hesse ha interpretado el derecho a la seguridad social como una garantía institucional¹⁴.

Con la reunificación alemana y el ingreso de los nuevos *Länder* (Turingia, Sajonia, Sajonia-Anhalt, Brandemburgo, Mecklemburgo-Pomerania Occidental), dos modelos aparecieron: el de la antigua Constitución de la República Democrática Alemana, con sus numerosas promesas sociales, y los alegados por los partidos de la Alemania Occidental.

Esta situación llevó a que los nuevos *Länder* hayan adoptado en sus constituciones fórmulas normativas mucho más protectoras para la época, como los derechos sociales al trabajo, a la vivienda, a la educación y a la formación profesional, a los medios de existencia y a la salud, así como a la remuneración equitativa y a las vacaciones pagadas.

Por la ausencia de derechos sociales en la ley fundamental, estos se garantizan en el plano federal al nivel de una ley ordinaria. Es el caso, por ejemplo, del derecho a la seguridad social, que se ha desarrollado en el Código de la Seguridad Social¹⁵. En otros casos, como el derecho a la

¹⁴ BayVGH n.F. 5/II/85, p.99; ver también Lange (1981: 58).

¹⁵ El Sistema Alemán de Seguridad Social del 11 de diciembre de 1975 se regula en doce tomos del Código Social: Tomo IV, Disposiciones generales de la Seguridad Social (Ley de 23.12.1976); Tomo V, Prestaciones sociales del seguro de enfermedad (Ley de 20.12.1988); Tomo VI, Seguro de Pensiones (Ley de 18.12.89; reforma de mayo 2001); Tomo VII, Seguro de accidentes laborales (Ley de 7.8.1996); Tomo VIII, Protección y ayudas a los menores (Ley de 26.06.90); Tomo IX, Ayuda social; Tomo X, Procedimiento administrativo; Tomo XI, Seguro de Cuidados Asistenciales; y Tomo XII, Ayuda Social.

vivienda, no existe ni siquiera una ley que regule el tema y sin embargo existen subvenciones para la construcción de viviendas sociales.

En general, en la Alemania actual, la mayor parte de los derechos sociales se garantizan por una ley a nivel federal y una parte residual por los *Länder*.

2.2. Los derechos sociales en Italia

La Constitución italiana reconoce y garantiza situaciones jurídicas subjetivas muy diversas. Es así como la Carta de 1948 reconoce la existencia de derechos inviolables, comprendidos estos como los derechos de las libertades civiles, los derechos sociales y los derechos con contenido patrimonial. En la Constitución Política italiana, la expresión *derechos fundamentales* no es utilizada más que una sola vez, a propósito del derecho de la salud¹⁶.

Asimismo, la Corte Constitucional italiana ha desarrollado una jurisprudencia favorable a este reconocimiento. Sin embargo, como observación especial, la corte no utiliza mucho esta expresión. Ella prefiere el término *derechos inviolables*, que se considera como sinónimo de *derechos fundamentales* (Élie, 2006: 31).

Desde el mismo momento de la elaboración de la Constitución, el asunto de los derechos sociales fue ampliamente discutido. Los autores de la Constitución adoptaron una plena igualdad axiológica entre los derechos individuales y los derechos sociales (Baldassarre, 1989: 10).

Es así como la primera parte de la Constitución está dedicada a los derechos y deberes, con lo cual se le da una imagen especial al ser humano. Este se convierte en concepto unificador de los derechos de libertad y de los derechos sociales, que la Carta Política denomina *derechos inviolables*.

¹⁶ En efecto, el artículo 32 dispone: “La República asegura la protección de la salud como derecho fundamental del individuo y como interés de la colectividad”.

Los derechos sociales en Alemania, Italia, España y Francia

En la Constitución italiana, los derechos sociales encuentran ante todo un sustento en los principios fundamentales. Es así como en el artículo 3, inciso 2, representa la base genérica sobre la cual se puede ligar cualquier derecho social.

Junto con los derechos del individuo y de aquellos del Estado, la Constitución protege los derechos que requiere una sociedad que le reconoce al individuo la formación y el libre desarrollo de la persona. Toma en cuenta los sectores intermedios de la sociedad, tales como la familia, la escuela, el trabajo e incluso la iglesia.

Es así como, al lado del artículo 3, inciso 2, que es una especie de cláusula general del Estado social, el título II de la primera parte, consagrada a los derechos y deberes de los ciudadanos, se titula “Relaciones éticas y sociales”. Se trata de derechos reconocidos al individuo en tanto que ser social.

Entre estos derechos, existen algunos que requieren una acción positiva del Estado —es decir, una prestación—, como el derecho a la salud (art. 32, inc. 1), el derecho a la instrucción (art. 34), el derecho de los trabajadores a una remuneración justa y el derecho de las madres que trabajan en la protección de su función familiar (art. 37), el derecho al cuidado y a la asistencia social de los ciudadanos no aptos para el trabajo y desprovistos de medios de subsistencia (art. 38, inc. 1) y el derecho a la educación y a la formación profesional de los no aptos y minusválidos (art. 38, inc. 2). Se encuentran también en el texto las libertades colectivas que facilitan el ejercicio de los derechos-acreencias, como la libertad sindical y el pluralismo de los sindicatos (art. 39), al igual que el derecho a la huelga (art. 40).

Un esquema propuesto por Gustavo Zagrebelsky podría ilustrar mejor el diseño de los derechos en Italia:

- a) derechos de no ser constreñido a (*diritti di libertà da...*), o derechos de libertad negativa
- b) derechos de ejercer libremente una cierta actividad (*diritti di libertà di...*)
- c) derechos a ciertas prestaciones (*diritti a...*)

Según los primeros desarrollos jurisprudenciales y doctrinales, un derecho es fundamental en el sistema constitucional italiano cuando así lo indique la Constitución italiana o cuando el juez constitucional lo considere fundamental. Cuando entró en vigencia la Constitución Política italiana en 1948, la mayor parte de la doctrina consideraba imposible deducir consecuencias jurídicas concretas a las normas relacionadas con los derechos sociales, teniendo en cuenta su contenido abstracto, que se refería a aspiraciones éticas y políticas que no podían ser invocadas por un juez.

En un primer momento, cuando la Corte Constitucional italiana no había entrado en funcionamiento, la Corte de Casación distinguió entre normas programáticas y normas preceptivas en una decisión del 7 de febrero de 1948. Esto quiere decir que, con esta posición, una buena parte de las disposiciones constitucionales fueron neutralizadas. Sin embargo, al entrar en funcionamiento la Corte Constitucional italiana, con su decisión núm. 1 de 1956 sentó su posición sobre los derechos sociales, y rechazó el carácter programático de una parte de la Constitución.

Indicó el alto tribunal constitucional italiano que los derechos sociales proclamados por la Constitución pueden ser utilizados como parámetros en el juzgamiento de la constitucionalidad.

Consideró, además, que los derechos inviolables no eran únicamente aquellos que la Constitución declaraba como tales, como la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de comunicación y los derechos de la defensa. Indicó en sentencia que allí se debían incluir los derechos sociales¹⁷.

Es así como el alto tribunal constitucional italiano opera muy a menudo como un órgano de orientación política. El parámetro de evaluación de la constitucionalidad de las leyes tiene generalmente una justificación y un carácter político. Es así como la Corte Constitucional italiana emplea métodos tales como la identificación, la concretización y la selección a la luz de las condiciones cambiantes y de las contingencias de la

¹⁷ Sentencia núm. 1 del 14 de junio de 1956, *Giur. cost.*, p. 7.

situación política, económica, social e institucional de los valores consagrados por la Constitución (Baldassarre, 1988: 28).

En efecto, la Corte Constitucional italiana ha hecho valer el imperio de la Constitución frente a todos los operadores constitucionales¹⁸. Ha intervenido en el marco político y social italiano, en la distribución parlamentaria de las fuerzas políticas y en los valores, necesidades e intereses de la sociedad.

La alta instancia constitucional italiana ha escogido la vía del pragmatismo y del oportunismo, y ha descubierto derechos que no estaban inscritos en la Constitución. Ha sido el caso del derecho a la vivienda en una decisión de 1988 (404), en la que la corte afirmó que el derecho social a la vivienda estaba comprendido en los derechos inviolables del hombre.

Igual ha sido el caso del derecho al medio ambiente sano. La corte tomó el artículo 32, que garantiza la salud, y el artículo 2.

Considerados de esta forma, la doctrina clasifica los derechos inviolables como derechos clásicos del hombre y se consideran absolutos. Es decir, desde el punto de vista axiológico, se imponen como valores primarios y tienen un efecto *erga omnes* que los vuelve oponibles no solamente al Estado sino a los particulares¹⁹.

Es así como los jueces constitucionales han aplicado la calificación de los derechos inviolables del artículo 2 de la Constitución a casi todos los otros derechos proclamados por el título 1 de la primera parte de la Carta italiana. De esta forma, se han calificado como inviolables los derechos al trabajo, a la libertad de expresión, a la libertad de asociación y a la libertad de religión.

A esta lista, la corte ha agregado el carácter de derecho fundamental al derecho a la familia, el derecho a educar y mantener a los niños, el derecho a la salud, el derecho a la emigración, el derecho a un salario

¹⁸ Sentencia núm. 15 del 17 de febrero de 1969, *Giur. cost.* p. 99.

¹⁹ Sentencia núm. 122 de 1970, *Giur. cost.*, p. 1538; sentencia núm. 559 de 1987, *Giur. cost.* 1987, I, p. 3513 y ss.

equitativo y al descanso, el derecho a la asistencia y a la previsión, el derecho a la libertad sindical, el derecho a la libertad de enseñanza y el derecho a la vivienda.

Es decir, la corte ha calificado como inviolables ciertos derechos no mencionados por la Constitución italiana, tales como el derecho a la vida, la libertad sexual, el derecho al uso de la lengua materna y la libertad de expresión en una sociedad.

Un resultado de lo anterior es que en Italia el término *derecho inviolable* se ha convertido en un sinónimo de *derecho fundamental*, tal como lo muestra el empleo no diferenciado, tanto por la corte como por la doctrina, de manera que los derechos inviolables son los derechos fundamentales. Por su parte, los derechos sociales son considerados derechos inviolables a los que no se les puede restar eficacia jurídica plena.

Es por lo anterior que la Corte Constitucional italiana ha sido objeto de muchas críticas por las consecuencias financieras de sus fallos. En efecto, el alto tribunal ha debido autolimitarse con el fin de respetar el equilibrio financiero del Estado. Un reflejo de este interés es la modulación de sus decisiones²⁰ con el fin de reducir al máximo el impacto financiero.

La autolimitación de la corte se manifiesta igualmente cuando ella recurre a decisiones de inadmisibilidad en razón de la existencia de un poder de apreciación discrecional del legislador. La lectura que hace la corte de las normas constitucionales, especialmente las relacionadas con los derechos sociales, genera riesgos financieros, por lo que ha entrado en escena el principio de gradualidad.

Este principio de gradualidad o progresividad implica un reconocimiento de las limitaciones del legislador en la puesta en marcha de normas constitucionales que consagran derechos sociales; es decir, se reconoce que los derechos sociales están necesariamente condicionados

²⁰ Modulación con efectos hacia el pasado con sentencias de inconstitucionalidad sobreviniente o efectos hacia el futuro con decisiones de inconstitucionalidad reconocida, pero no declarada.

en su materialización por la puesta en balance con otros intereses también protegidos por la Constitución, habida cuenta de los límites objetivos provenientes de los recursos financieros disponibles.

Es decir, se hace lo que se puede en razón de lo que se tiene y, si no se puede hacer todo hoy, hay que esperar días mejores (Pardini, 2006: 65). En muchas sentencias, la corte ha subrayado este principio de gradualidad. Una de las primeras en la que precisó este principio es la decisión número 33 del 25 de febrero de 1975. Algunos autores han criticado esta posición de la Corte Constitucional italiana con el argumento de que limita el carácter efectivo de los derechos constitucionales (Pizzorusso, 1990: 273). De esta forma, los derechos sociales son condicionados, tal como lo afirmó la corte en la decisión número 455 del 16 de octubre de 1990, a propósito del derecho a la salud.

En este contexto, se ha afirmado que, con la aplicación del principio de gradualidad, ha habido un retroceso del Estado Social de Derecho. La doctrina ha criticado esta posición del alto tribunal constitucional italiano y ha afirmado una clara tendencia de desmonte de lo social. Por ejemplo, Jean-Jacques Pardini ha afirmado: “se percibe con nitidez que el riesgo de retroceso del Estado Social es bien real y explica los temores más altos evocados según los cuales la Corte Constitucional, en su realismo frío, abandonaría su rol de promoción de los derechos sociales. Sin embargo, los límites que ella marca también frente al legislador dejan más bien pensar que, la fuerza de los hechos económicos que han reaccionado [*ayant agi*], ella desea proceder a una reorganización del Estado Social” (Pardini, 2006: 6).

2.3. Los derechos sociales en España

La política social en España tiene sus orígenes en el encuentro colectivo de fuerzas sociales muy dispares que coincidieron a finales del siglo XIX en la necesidad de la reforma social en 1903.

El estado de bienestar empezó tímidamente en España a comienzos del siglo XX, y quedó relegado en la época del franquismo para finalmente iniciar un desarrollo en 1978, con la Constitución Política. Sin embargo,

algunos autores españoles sostienen que el comienzo se da en la década de 1980.

Ciertos doctrinantes de la ciencia política, como Ferrera (1996) y Bonoli (1997), han descrito un modelo del estado de bienestar de los países de Europa del sur (España, Portugal, Grecia) que se caracteriza por la importancia de la familia en la provisión social, la fragmentación ocupacional de la protección social, el atraso en el desarrollo de los servicios frente a las prestaciones económicas y la inexistencia de una renta mínima.

Estos países se han distinguido también por ser países de industrialización tardía, con experiencias en dictaduras y con un sólido papel de la familia y de las instituciones religiosas en la provisión de asistencia y servicios.

Después de la caída del régimen franquista, la Constitución española de 1978 consagró en España el Estado Social y Democrático de Derecho, según lo expresa el artículo 1.1, que es igual al de la Constitución alemana de 1949.

El artículo 42 de la Carta española expresa: “El Estado vigila particularmente la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orienta su política hacia su retorno”. A excepción de este artículo, no existe ninguna otra referencia o clasificación específica que permita determinar los derechos que ella consagra.

La doctrina es la que se ha encargado de desarrollar de manera más amplia lo relacionado con los derechos sociales. Para algunos, no se trata más que de una relación con el derecho laboral y de la seguridad social, como la libertad sindical, el derecho de huelga o el derecho a una pensión. En este sentido, la Constitución no sería más que el contrapeso de la *constitución económica*²¹.

²¹ Sobre este punto, se puede consultar O. de Juan Asenjo (1984).

Los derechos sociales en Alemania, Italia, España y Francia

La jurisprudencia constitucional ha tratado de definir esta categoría de los derechos sociales. Para algunos, la delimitación del contenido de los derechos sociales constituye uno de los principales debates del derecho constitucional (Cossio, 1989: 43), mientras que para otros es una clasificación inapropiada, puesto que haría referencia a la oposición clásica entre el Estado liberal y el Estado social.

Los redactores de la Constitución de 1978 adaptaron las normas constitucionales a las necesidades de la sociedad española de entonces, que salía de una dictadura de casi cuarenta años²². De esta manera, el pueblo español escogió como forma de Estado la monarquía constitucional y un régimen autonómico que les daría cierta independencia a los órganos territoriales.

Una de las normas fuentes es el artículo 10.2, que indica que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que reconoce la constitución serán interpretadas conforme a la Declaración universal de derechos del hombre y a los tratados y acuerdo internacionales que tratan sobre estas materias ratificadas por España”. Este artículo integra el derecho internacional de los derechos del hombre con el bloque de constitucionalidad español.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de España aprovecha esta disposición y no acude a los textos o a la jurisprudencia internacional para determinar el alcance de los derechos contenidos en la Constitución.

En el campo de los derechos sociales, como por ejemplo la libertad sindical consagrada en el artículo 28 de la Carta, es siempre apreciada a la luz de las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo.

Los derechos sociales no son reconocidos en España sino en ciertas categorías sociales que varían según el derecho considerado. Se trata

²² Sobre este tema, es amplísima la bibliografía española que reseña el paso de la dictadura a la monarquía constitucional (Segado, 1992: 54; Verdú, 1984; Conde, 1990).

principalmente de los trabajadores, las mujeres, los niños, los jubilados e incluso los detenidos por algún delito²³.

En el mismo sentido, como materialización de los derechos sociales a ciertos sectores de la población, en España se ha implementado una prestación contributiva por desempleo a las personas que cumplan con ciertos requisitos, como por ejemplo estar inscrito como solicitante del empleo, carecer de rentas superiores al 75% del salario mínimo y tener responsabilidades familiares, entre otras más. Este subsidio de desempleo es temporal (6 meses, prorrogables hasta un máximo de 18 meses).

2.4. Los derechos sociales en Francia

El preámbulo de la actual Constitución francesa de 1958 consagra inicialmente una serie de derechos que forman lo que Jean Rivero y George Vedel calificaban como el estatuto de los trabajadores, reflejado en la libertad sindical, el derecho a la huelga y el principio de participación en la determinación colectiva de las condiciones de trabajo y en la gestión de las empresas.

Sin embargo, en el siglo XXI, los autores franceses han reinterpretado y extendido el alcance de los derechos sociales. No solo los han restringido a los derechos laborales de los trabajadores, sino a los deberes que tiene la sociedad con el individuo, y no los han limitado simplemente a velar por el ejercicio de las libertades individuales y el respeto por sus bienes, sino que han afirmado el deber de asistir a ese individuo cuando se encuentre incapaz de subsistir por sus propios medios (Gaudu, 2010: 783).

²³ El artículo 25.2 de la Constitución española indica que “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, 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”.

Los derechos sociales en Alemania, Italia, España y Francia

En ese sentido, el derecho social morigeró la concepción individualista del derecho.

En Francia, las fuentes de los derechos sociales son bien antiguas: el artículo 21 de la Constitución de 1793²⁴, el preámbulo y el artículo 8 de la Constitución de 1848 y la actualmente vigente, que es el preámbulo de la Constitución de 1946, a la cual reenvía la Constitución de 1958.

Las fuentes internacionales complementan este escenario: las normas de la OIT, la Carta Social Europea elaborada en el marco del Consejo de Europa (1961) y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, esta última con alcance limitado. Esta Carta de Derechos Fundamentales (*Charte de droits fondamentaux*) fue adoptada el 14 de octubre de 2000 por los quince miembros de la Unión Europea y comprende importantes disposiciones relacionadas con los derechos económicos y sociales.

Asimismo, es fuente de inspiración de la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea, y adquirió fuerza obligatoria en Francia con la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009.

La aplicación o puesta en marcha de los derechos sociales en Francia (*mise en œuvre*) se limita a poner a los actores privados en un estado adecuado para que aseguren el respeto de sus derechos sociales. Por ejemplo, se garantiza el derecho a la huelga o se crean subsidios especiales para los individuos que así lo requieran.

Esta materialización de los derechos sociales supone una acción muy intensa del Estado a través de la expedición de reglamentaciones muy precisas para la satisfacción de necesidades sociales o la creación de un servicio público especializado que le permita al Estado hacerse cargo de la satisfacción de necesidades colectivas (salud, desempleo, asistencia a la tercera edad, etc.).

²⁴ “La asistencia pública es una deuda sagrada. La sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desafortunados, sea procurándoles trabajo, sea asegurándoles los medios para existir a aquellos que están fuera de las condiciones para trabajar”.

En Francia, casi todas las personas pueden tener acceso a los derechos sociales ofrecidos por el Estado. Los derechos sociales se reflejan en algunos aspectos concretos de protección estatal a través de programas de asistencia tales como el seguro de vejez (*l'assurance vieillesse*), el seguro de desempleo (*l'assurance chômage*), las políticas familiares (*les politiques familiales*), el seguro de enfermedades (*l'assurance maladie*).

El derecho a la autonomía económica está asegurado en Francia por el sistema de retiro con repartición (*retraite par répartition*). Se le critica constantemente pues las cotizaciones al régimen recaen sobre los trabajadores activos, quienes en ocasiones se pueden desmotivar, dejar de laborar y sobrevivir obteniendo el seguro de desempleo. Cuando lleguen a la vejez, el Estado les asegura una pensión de retiro (*pension de retraite*), aunque no hayan cotizado durante su vida laboral.

Sin embargo, estas críticas se responden diciendo que el sistema de repartición constituye un medio eficaz de mutualizar el riesgo de deceso entre los retirados (Legendre, 2003: 52). Asimismo, Francia no sufre de un déficit en la cuenta de ahorro para el retiro de los trabajadores.

El sistema francés de seguro de vejez es muy generoso e insostenible a largo plazo, teniendo en cuenta el alargamiento de la esperanza de vida de los franceses.

Se reprocha el seguro de desempleo (*l'assurance chômage*) por reducir la eficacia del mercado del trabajo. Los desempleados que reciben el seguro comparan el pago de las ofertas de trabajo con lo que reciben a través del seguro, con lo cual se pone en entredicho la rápida reinserción del desempleado al sistema laboral. Sin embargo, los expertos indican que las cifras muestran que la mayor parte de los desempleados provienen de áreas macroeconómicas (Legendre, 2003: 53).

De otro lado, para lograr una mayor eficacia del mercado de trabajo no se espera la reducción de los derechos de los desempleados, sino la adopción de políticas que permitan limitar los desajustes entre ofertas y demandas de trabajo, políticas tales como la formación de la mano de obra, la reducción de las cargas sobre la base salarial, etc.

Los derechos sociales en Alemania, Italia, España y Francia

Las políticas familiares (*les politiques familiales*) han sido descritas son un mecanismo de redistribución, comprendidas equivocadamente como un beneficio a las familias y soportadas por los otros miembros de la sociedad. Esta percepción es errónea, toda vez que las políticas familiares aseguran esencialmente las transferencias de recursos en el seno del ciclo de vida de los individuos (Legendre, 2003: 53). El rol de estas políticas familiares es el de luchar contra la pobreza de las familias numerosas, y así se permite, en beneficio de la sociedad en su conjunto, contribuir al financiamiento de la formación inicial de la población activa.

Por último, se argumenta que el costo de sostenimiento de los niños no debe ser soportado enteramente por sus familias. Los niños representan enormes ventajas de cambio y renovación para la sociedad, y por ello habría que compensar a las familias que los tienen.

En cuanto al seguro de enfermedades (*l'assurance maladie*), el acceso a los cuidados es muy imperfecto, sin que la igualdad en el acceso esté garantizada. Para algunos asegurados, la regulación recae sobre el tiquete moderador; para otros, no existe verdaderamente regulación.

Otras figuras en el sistema social francés son la cobertura de enfermedad universal (*couverture maladie universelle* - CMU); el APA financia, al menos parcialmente, las ayudas ligadas a la pérdida de autonomía; la ayuda para la reentrada escolar (*allocation de rentrée scolaire* - ARS); el subsidio para el cuidado de niños a domicilio (*allocation garde d'enfant à domicile* - AGED); el vale para vacaciones (*chèque-vacances*), que permite pagar los gastos de vacaciones y diversiones a bajo costo; el ingreso de solidaridad activa (*revenu de solidarité active* - RSA), una ayuda económica destinada a garantizar un ingreso mínimo y, como contrapartida, surge la obligación de buscar un trabajo; y la prima para el empleo (*prime pour l'emploi* - PPE).

Como se deduce de la descripción anterior, la gama de elementos que contiene el sistema francés hace que tenga enormes ventajas para sus asociados, toda vez que estos cuentan con diversos mecanismos de ayuda del Estado para solventar sus necesidades.

3. Conclusiones

La situación de los derechos sociales en Europa, y en específico en los países que tradicionalmente han sido exportadores de doctrina constitucional, como Italia, España, Francia y Alemania, ha sido bastante clara frente a la protección que el Estado les brinda a sus ciudadanos.

En las investigaciones que realizan los expertos en el tema, sobre las diferentes fuentes de los derechos sociales fundamentales en el derecho europeo y comunitario, se constata que estos aparecen y se desarrollan bajo una doble dependencia: de orden político y de orden normativo.

Los derechos sociales fundamentales se han expresado de manera directa con una evolución histórica que se prolonga en la expresión de los valores sociales del sistema jurídico. En este sentido, es bastante visible el caso de Alemania y, más recientemente, el de España, que pudo salir de la época franquista y construir fundamentos nuevos y estructurantes alrededor de los derechos sociales fundamentales. Las fuerzas políticas son un poder esencial en la interpretación del texto constitucional, como lo muestra de manera sorprendente el ejemplo italiano.

La misma constatación se hace también cuando se revisa la evolución de las fuentes que se imponen en el orden jurídico comunitario en Europa. Tanto el proyecto político que se construyó en el seno del Consejo de Europa para la elaboración de la Carta europea de 1961 y de la *Cour Européenne de Droits de l'Homme* como el proyecto de tratado constitucional muestran bien que su debilidad no es solamente estructural, sino también política, en ausencia de un verdadero proyecto común de valores compartidos por los 27 países de la Unión Europea.

Los derechos fundamentales se inscriben necesariamente en la dependencia del sistema jurídico. Se insertan en este sistema teniendo por punto común el hecho de ser construidos en relación con las finalidades que el sistema jurídico desea alcanzar.

Sin embargo, se constata que la heterogeneidad de los derechos sociales fundamentales se apoya en diferentes factores que conviene tener en cuenta. La imposibilidad de un estudio uniforme de los derechos sociales fundamentales es evidente en el derecho constitucional comparado, pues no es fácil definir cuáles son: cuando se desea precisar el catálogo de los derechos sociales fundamentales, no existen acuerdos conceptuales aun si se acepta la oposición entre derechos civiles y políticos y los derechos sociales.

Muchos factores confluyen en esta situación:

— La clasificación está ligada íntimamente con la ideología imperante, como por ejemplo el Estado Social en el caso alemán o el equilibrio entre las fuerzas ideológicas en Italia.

— La exclusión de ciertos derechos sociales fundamentales de competencia de la Unión Europea, tales como el derecho de asociación, el derecho a la huelga y el dominio de la remuneración.

La extensión del lugar de los derechos sociales fundamentales es señalada ligeramente por la doctrina. El hecho de que los derechos sociales hayan conquistado en la Carta de Niza²⁵ un lugar importante, igual al de los derechos civiles y políticos, representa sin duda una gran conquista europea.

Es evidente que la situación europea en relación con los derechos sociales de los cuatro países analizados (Alemania, España, Francia e Italia) es muy diferente a la de los países en vía de desarrollo, como los latinoamericanos. Si bien existen grandes similitudes, como las relacionadas con la tipología y el contenido de los derechos sociales, existe una evidente asimetría entre los dos casos.

Las conquistas sociales en Europa han sido de vieja data, mientras que en América Latina (a excepción de algunos pocos casos, como el mexicano) fue un proceso posterior. Los ordenamientos normativos en este tema son muy similares, debido principalmente a la importación

²⁵ La Carta de los Derechos Fundamentales de Niza fue proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000. Esta proclama de la Unión Europea fue aprobada en 54 artículos y contiene derechos de primera, segunda y tercera generación (Mangas, 2008).

normativa de los denominados países de la periferia frente a los países productores de normativas constitucionales.

Pese a que Europa y Latinoamérica tienen formas normativas casi iguales, la materialización de estos derechos sociales en los dos casos no ha sido igual. Como lo afirman De Roux y Ramírez (2004), unas veces la realidad desborda a la teoría y otras la teoría jalona la realidad. En efecto, si bien en América Latina —y más precisamente en Colombia— la prescripción constitucional de los derechos es amplísima, la realidad es otra. El incumplimiento de lo ordenado en la Constitución se ve reflejado en las amplias necesidades de vastos sectores de la población. Esta situación ha empujado a que los jueces hayan judicializado estas necesidades y sea en los despachos judiciales donde se empuje la actividad gubernamental tendiente al cumplimiento de los derechos sociales.

La situación de los países analizados es bien distinta. Además de tener unas prescripciones normativas de nivel constitucional, poseen otra adicional en la esfera supraconstitucional (léase normativa europea).

La voluntad política de sus Gobiernos ha materializado la prescriptiva constitucional en verdaderas políticas institucionales que tienden a proteger y desarrollar los derechos sociales. Esta situación hace que la clasificación en generaciones se mantenga vigente en Europa, habida cuenta de que allí la judicialización de los derechos sociales no es indispensable, pues su realización no requiere una orden judicial. Los ciudadanos no se ven obligados a acudir a otras instancias, ya que sus necesidades en salud, educación, vivienda, seguridad social, sistema pensional, etc., están satisfechas.

Otro argumento de la no justiciabilidad de los derechos sociales guarda relación con el aspecto presupuestal. Este ha sido el principal argumento de Alemania y Francia. Su fundamento está formado por el derecho presupuestal del Parlamento. Según el artículo 34 de la Constitución de la República Francesa, y según el artículo 110, inciso 2, de la ley fundamental alemana (*Grundgesetz*), el presupuesto se aprueba por una ley parlamentaria. Esta competencia es mucho más que una regla

formal. Es un derecho muy importante del Parlamento en todo sistema constitucional democrático.

La historia constitucional de buena parte de los Estados europeos muestra que el presupuesto era sujeto de permanentes enfrentamientos entre la Corona y los representantes del pueblo. La evolución de los parlamentos se caracteriza por la victoria de los representantes de los contribuyentes en los conflictos relacionados con las imposiciones presupuestales.

Hoy día, son los parlamentos los llamados a decidir sobre el recaudo de las contribuciones y los gastos del Estado. Este es el principal argumento de amplios sectores de la doctrina que justifican la no injerencia de los jueces en la disposición del presupuesto del Estado, pues esta es una función exclusiva del Parlamento. Si se abriera esa posibilidad, el Parlamento sería invadido en su competencia de órgano decisor en materia presupuestal. Además, no habría responsabilidad de los jueces, a diferencia de la responsabilidad política que tiene el Parlamento ante los electores (Gusy, 2003: 39). Es un principio elemental de la democracia representativa.

Tales desarrollos en la materialización de los derechos sociales hacen que estos Estados, principalmente Alemania y Francia, sean catalogados como estados de bienestar. El Estado francés combina los modelos de Estado providencia bismarkiano y de Estado providencia Beveridgeano, buscando un objetivo doble de protección social (seguridad social) y justicia social (mecanismos de redistribución de la riqueza). La cohesión social se concibe como un objetivo del Estado, que permite a los miembros de la sociedad la coexistencia en comunidad y evita la discordia, la criminalidad e incluso la guerra.

Bibliografía

- Álvarez Conde, Enrique. *El régimen político español*. Madrid: Tecnos (1990).
- Baldassarre, Antonio. *Diritti sociali*. En *Enc. giur.* (vol XI). Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana (1989).

- Carpizo, Jorge. *Estudios constitucionales*. México: Porrúa (1996).
- Chagnollaud, Dominique y Guillaume Drago. *Dictionnaire des droits fondamentaux*. París: Dalloz (2006).
- Cossio Díaz, J. R. *Estado social y derecho de prestación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (1989).
- De Juan Asenjo, Oscar. *La constitución económica española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (1984).
- De Roux, Carlos Vicente y Juan Carlos Ramírez. *Derechos económicos, sociales y culturales, política pública y justiciabilidad*. Bogotá: CEPAL (2004).
- Elie, Marie-Pierre. “Les droits sociaux constitutionnels en Italie”. En *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*. Bajo la dirección de Laurence Gay et al. Bruselas: Bruylant (2006).
- Fernández Segado, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson (1992).
- García Hernández, Arturo. “Urge nueva base teórica para la izquierda: Bovero”. *La Jornada* (3 de mayo de 1996). Consultado el 5 de agosto de 2011. <<http://www.jornada.unam.mx/1996/05/03/BOVERO01-001.html>>.
- Gautier, Arlette. “Les droits reproductifs, une quatrième génération de droits?”. *Autrepart 15* (Automne, 2000).
- Gay, Laurence. “Les droit sociaux constitutionnels en France: particularisme ou normalisation?”. En *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*. Bajo la dirección de Laurence Gay et al. Bruselas: Bruylant (2006).
- Gusy, Cristoph. “Les droits sociaux sont-ils nécessairement injustifiables?”. En *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*. Estrasburgo: Presses Universitaires de Strasbourg (2003).
- Haarscher, Guy. “De l’usage légitime et de quelques usages pervers de la typologie des droits de l’homme”. *Classer les droits de l’homme*. Ed. Emmanuelle Bribosia y Ludovic Hennebel. Bruselas: Bruylant (2004).
- Hayek, F. A. *Droit, législation et liberté*. París: PUF (1983).
- Legendre, François. “Le coût économique des droits sociaux”. En *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*. Estrasburgo: Presses Universitaires de Strasbourg (2003).

- López Guerra, Luis. *Introducción al derecho constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch (1994).
- Mangas Martín, Araceli (dir.). *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*. Bilbao: Fundación BBVA (2008).
- Martin, John P. *et al.* “La réduction du temps de travail: une comparaison de la politique des ‘35 heures’ avec les politiques d’autres pays membres de l’OCDE”. Lugar de publicación no especificado: OECD (22 de enero de 2003). Consultado 1 de junio de 2012. <<http://www.oecd.org/dataoecd/33/6/25806219.pdf>>.
- Pardini, Jean-Jacques. “Principe de *gradualità* et droits sociaux de prestation (ou l’effectivité partielle de la norme constitutionnelle en Italie)”. En *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*. Bajo la dirección de Laurence Gay *et al.* Bruselas: Bruylant (2006).
- Pizzorusso, Alessandro. “Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle leggi”. En *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale: atti del seminario svoltosi in Roma*, realizado en el Palacio de la Consulta en Roma el 13 y 14 de noviembre de 1989. Milán: Giuffrè (1990).
- Ray, Jean-Emmanuel. *Droit du travail. Droit vivant* (17 ed.). Francia: Editions Liaisons (2008).
- Rouilleault, Henri. *Réduction du temps de travail: les enseignements de l’observation*. Francia: Commissariat Général du Plan (2001).
- Sapir, Andre. *Globalization and the Reform of European Social Models*. Bruegel policy brief 2005/01 (noviembre de 2005). Consultado 1 de junio de 2012. <<http://aei.pitt.edu/8336/>>.
- Uprimny Yepes, Rodrigo y César Rodríguez Garavito. Los derechos sociales en serio. Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. *Bogotá: DeJusticia, IDEP* (2007).
- Verdú, Pablo Lucas. *Curso de derecho político* (vol. IV): *Constitución de 1978 y transformación político-social española*. Madrid: Tecnos (1984).