

LOS DERECHOS SOCIALES

SOCIAL RIGHTS

GERMÁN J. BIDART CAMPOS

Profesor Emérito de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Buenos Aires y Académico de Número de las academias nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Ciencias Morales y Políticas.

Recebido para publicação em janeiro de 2004.

1. Los temas centrales de la RBDC en sus números 2 y 3 guardan estrecha relación. “Igualdade e Justiça” y “Em tempos de Democracia” dejan espacio para que abordemos “Los derechos sociales”.

En efecto, el rubro amplio de los derechos sociales viene presidido por la finalidad de lograr una *igualdad real de oportunidades y de trato* porque, de no ser así, el valor justicia quedaría seguramente recluido en lo que alguna teoría clasificatoria tituló como “justicia conmutativa”. Ello sería insuficiente “en tiempos de democracia”, si es que a la *democracia* la definimos como una forma de estado que, en la relación del poder con las personas, confiere efectividad a los derechos que a la fecha calificamos como derechos humanos. Por eso, los derechos sociales han venido a añadirse a los que —clásicamente, en el constitucionalismo moderno— fueron los derechos civiles, o derechos individuales.

2. ¿Es que los derechos sociales no serán también derechos de la persona “individual”?

La respuesta es afirmativa, aunque más no sea porque los derechos —de toda clase y categoría, con cualquier adjetivo— siempre se sitúan en el ámbito de los seres humanos. Pero aunque es así, porque solamente los seres humanos titularizan derechos, los derechos sociales saben tomar perfiles *grupales* y *colectivos*. Y ello porque el hombre en soledad es casi imaginario, ya que aunque un hombre esté solo, también y así posee con “los demás” un vínculo indivisible: el que a “los demás” los obliga a respetar aquella “solitud” del hombre en soledad.

3. Que “en tiempos de democracia” debe haber derechos sociales significa muchas cosas: que recluir los derechos en los que se conocieron con el nombre de “civiles” e “individuales” es insuficiente, por no decir que es anacrónico; que las

valoraciones sociales progresivas, al compás del principio de maximización de los derechos, exigen completar al sistema de derechos con los derechos sociales; que los derechos sociales componen un plexo abierto a posteriores ampliaciones; finalmente, que aludir a derechos sociales presupone dar por incluidos los derechos económicos, culturales, ambientales, de incidencia difusa o colectiva, etc.

4. El tema se anuda al muy polémico de las *generaciones de derechos*, aunque más no sea porque en la que se llamó “primera generación” no figuraban los derechos sociales, que aparecieron con la “segunda generación” de derechos en los albores del *constitucionalismo social*. Fue México el primer país que, en nuestra Indo-Ibero-América (para usar vocabulario de Pablo Lucas Verdú), dio presencia normativa a los derechos sociales en su constitución de 1917. Dos años después, advino la constitución de Weimar de 1919, en Europa.

Se critica en demasía el vocabulario y el concepto de “generaciones” de derechos: primera, segunda, tercera e, incipientemente, cuarta. Es claro que esa numeración es susceptible de sugerirle a algunos que se trata de un orden axiológico, que va rebajando su valía a medida que se desciende en la gradación de generaciones. Pero personalmente, con *sentido histórico* y *cronológico*, recorremos el itinerario del constitucionalismo a partir de su primera etapa a fines del siglo XVIII, y advertimos que el listado de los derechos, que las valoraciones colectivas, que la percepción actualizada de las necesidades sociales, que la evolución de las demandas temporales, fueron dando desarrollo y amplitudes a lo que, desde 1787, irradió el constitucionalismo de los Estados Unidos en la fase inicial y primigenia de la modernidad constitucional.

5. Primera generación, segunda, tercera y cuarta, apuntan entonces, al *momento histórico* en que cada plexo de derechos hizo aparición en el constitucionalismo democrático y en el imaginario colectivo. Es un orden cronológico sucesivo, y no un orden axiológico. Y con tal perspectiva, no parece posible que alguien asevere que entre 1787 y 1917 las constituciones contenían a los llamados derechos sociales en sus declaraciones de derechos; como al día de hoy los instrumentos internacionales de derechos humanos que desde 1948 reconocieron derechos y libertades tampoco registran cláusulas sobre el derecho ambiental, ni sobre los derechos de usuarios y consumidores en el mercado de bienes y servicios.

Por similares razones, no nos animaríamos a profetizar que ya quedó cerrada la serie de derechos, porque sería casi una adivinanza imaginar cuáles serán los que cuenten con auspicio en el próximo siglo XXII.

6. Nuestra filiación orteguiana nos vuelve siempre a la profundísima expresión: *yo soy yo y mi circunstancia*. La alusión personal de esta frase presupone que, en “mi” circunstancia, el yo cuenta con “el otro” que yo. Por eso, es este nexo entre yo y el otro el que hilvana la cadena de derechos y el que, a medida que cada circunstancia va dependiendo de valoraciones, necesidades y pretensiones propias del lugar y del tiempo, va sumando “generaciones” al sistema de derechos, sin pérdida alguna de valiosidad en cada una y en todas.

7. La filosofía que afinca en una diversidad de fundamentos a los derechos humanos rinde testimonio de que, al menos desde el medioevo en adelante, ha variado el anclaje de los derechos, tanto como sus contenidos y su serie. ¿Habría que preguntarse si el hombre originario era titular de

derechos o, más bien, desde el “yo y mi circunstancia”, nos debemos interrogar cuándo, por qué, en qué medida, y con qué efectos, hubo derechos que se le reconocieron al hombre en el transcurso sucesivo del tiempo histórico? Y sobre todo ¿cuáles fueron esos derechos?

8. Tomado esto en serio, la constitución de Estados Unidos en sus catorce enmiendas primigenias ha de llevarnos a admitir que, comparada con los dos Pactos Internacionales de Naciones Unidas –el de Derechos Civiles y Políticos, y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales– los casi dos siglos que distancian a dichas declaraciones prueban que los derechos sociales estaban “ausentes” en el “nacimiento” del constitucionalismo moderno, y “presentes” en el derecho internacional de los derechos humanos de la segunda mitad del siglo XX.

9. Pongámonos de acuerdo en el uso del lenguaje: “había derechos sociales” o “no había”; “existían” o “no existían”; estaban “reconocidos” o “no” estaban; “los había, pero no se los había descubierto”, etc. Lo importante y prioritario parece ser algo como esto: el ser, la realidad y el conocimiento no siempre coinciden; los planetas de nuestro sistema solar seguramente existían mucho tiempo antes de que se los descubriera; la tierra fue redonda siempre, aunque se la creía plana cuando Colón descubrió América; y ya que de descubrimientos hablamos, díganos nuestra estirpe indígena si América recién empezó a existir cuando se produjo su “descubrimiento” en 1492.

No nos parezca tan raro, entonces, que el vocabulario nos hable de diversas y sucesivas generaciones de derechos cuando, con cada una de ellas, estamos reconociendo el momento en que el constitucionalismo “descubrió” y dio recepción a un determinado elenco de derechos que,

sumando y no restando, confirió acrecimiento al sistema de derechos, sin sustraerle nada de lo que había antes, y sin devaluar a ninguna de las generaciones, sin tampoco importar su numeración.

10. Ya se nos hizo casi un axioma personal la frase con que afirmamos que “hay derechos nuevos y contenidos nuevos en derechos viejos”. Y como un buen ejemplo en el derecho argentino hemos venido mencionando el “derecho a la verdad”. Lo dimos por aparecido cuando en el año 1998 la Corte Suprema de Justicia acogió la pretensión articulada por el hermano de una persona desaparecida durante el período militar de facto de 1976-1983, que solicitaba saber qué le había ocurrido a su hermano según las circunstancias obrantes en las informaciones oficiales. Quería conocer “la verdad”, porque intuía que hay un “derecho a la verdad”: a acceder a ella, a recibir informes que la revelen y, además, a difundirla y darle publicidad.

Tal derecho a la verdad bien puede engrosar el rubro de los derechos sociales, sobre todo cuando la verdad que se quiere conocer atañe no solamente a quien invoca ese derecho, sino también y además cuando exhibe un perfil de dimensión social.

11. Para hacer una cita muchísimo más reciente, vayamos a la Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitida el 17.09.2003 en torno de la “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”. El tribunal pudo afirmar “que los trabajadores, al ser titulares de derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores...” (punto 10 de la Opinión, por unanimidad).

Acá estamos frente a un aspecto novedoso de los derechos sociales en el ámbito del derecho laboral: cuál es el derecho del trabajador extranjero que es migrante indocumentado.

¿Hace cuarenta o cincuenta años hubiéramos pensado en la situación migratoria de las personas para impugnar discriminaciones laborales, o para postular la igualdad de trato, o para atribuir obligaciones al estado? Seguramente no. Ahora sí. En el año 2003, sí. ¿Hay algo o mucho de nuevo? Tal vez, un contenido nuevo en un derecho viejo, como el que titulariza la persona que trabaja en relación de empleo.

12. Todo esto viene muy bien para varios entrecruzamientos, que inoculan en los derechos de una generación algunos contenidos nuevos derivados de derechos de otra generación, con lo que la que recibe tales aditamentos alcanza una mayor valía. Qué importante que un derecho de la primera generación (tal como el enunciado en el texto de hace un siglo y medio de la constitución argentina de 1853: derecho de trabajar) ahora ya no se agote en el derecho de elegir y cumplir un actividad laboral, sino que agregue todo lo que guarda relación con el salario justo, el descanso diario, semanal y vacacional, las condiciones dignas de trabajo, etc. (de lo que algo, sobriamente, puede encontrarse en el art. 14 bis de la constitución argentina, según la reforma de 1957).

Este ejemplo intercala en un derecho de la primera generación el aporte de la segunda, y demuestra que el contacto entre una y otra surte proyecciones valiosas. El derecho a la vida y el derecho a la salud ofrecerían también un riquísimo material para atestiguar nuestro punto de vista.

13. Seguramente, de todas estas someras reflexiones tengamos que desembocar en las *obligaciones que se reciprocán con*

los derechos. O sea, estamos en la relación entre el sujeto activo que es titular de tal o cual derecho, y el sujeto pasivo (o los sujetos pasivos) cargados con tal o cual *deber* para dar satisfacción al derecho del sujeto activo.

Este viene a ser el mejor panorama para enfocar a los derechos sociales, ya que lo fundamental radica en las *prestaciones positivas* con que, desde las *obligaciones del sujeto pasivo*, tales derechos alcanzan satisfacción y efectividad. No por estar formulados, sino por tener vigencia (sociológica, por cierto). Y esta vigencia se las proporcionan las conductas obligacionales de los sujetos pasivos.

Nos tentamos de citar en primer término al *estado* como sujeto pasivo, y no nos equivocamos, porque ante todo es el estado el que debe arbitrar *políticas* de toda clase (sociales, económicas, financieras, etc.) que den base y encuadre a los derechos sociales. Pero allí no concluye todo, porque en muchas situaciones es también el estado como sujeto pasivo el que tiene que tomar a su cargo una o más *prestaciones de dar o de hacer* –por ejemplo, organizar y otorgar las prestaciones de la seguridad social (jubilaciones, pensiones, compensaciones familiares, etc.).

En seguida podemos citar las prestaciones a cargo del estado en materia de salud (por ejemplo, en hospitales, asilos, establecimientos carcelarios, etc.) y en materia educativa (escuelas y colegios públicos, universidades estatales, etc.).

14. A continuación, una vez que acogemos la existencia de *bienes jurídicos de naturaleza colectiva* –como es el caso de la comunicación social– se hace fácil admitir que el estado debe adoptar *medidas de acción positiva* para que en el ámbito de la comunicación social logre fácil circulación la búsqueda, la transmisión y la

difusión de la información, así como la expresión libre a través de cuantos medios existen –escritos, audiovisuales, cinematográficos, teatrales, simbólicos, etc.. O sea que, respecto de cualquier bien jurídico colectivo, el estado como sujeto pasivo queda gravado con obligaciones de dar y de hacer.

15. Genéricamente, como englobando una pluralidad de supuestos, los derechos sociales demandan que el estado –tal como varias constituciones actuales lo disponen, por ej., la de Italia–, asuma su deber de *remover los obstáculos* de todo tipo para hacer accesibles el goce y disfrute de aquellos derechos, en condiciones de libertad e igualdad de oportunidades para todas las personas.

16. Valdría en la serie ejemplificativa recordar además que cuando se ejerce el derecho de libre asociación, la entidad grupal que surge en el ámbito de la comunidad pone a cargo del estado el deber de depararle reconocimiento razonable –por ej., mediante el otorgamiento de la personería jurídica o la admisión como sujeto de derecho.

17. Para nuestro acervo *indígena* en toda América, es sumamente provechoso recalcar que en el ámbito de sus comunidades son múltiples los derechos sociales que hemos de reivindicar y promover. En el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, de 31.08.2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad para referirse al derecho de propiedad (art. 21 del Pacto de San José de Costa Rica) y destacar su dimensión societaria, cuando afirmó que el citado art. 21 “protege el derecho de propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”. Asimismo, hizo reenvío al

derecho indígena (valores, usos, costumbres, derecho consuetudinario), con lo que dejó abierto un amplio horizonte para los derechos sociales.

18. Si con mención del art. 75 inciso 17 de la constitución argentina reformada en 1994 queremos elastizar el tema, valga recordar que allí se acoge un *interculturalismo* que abarca –por ejemplo– la educación bilingüe, lo que viene muy bien para que demos por incluido entre los derechos implícitos al *derecho a la identidad y a la diferencia*, que resulta fundamental para el reconocimiento individual y grupal de los miembros de nuestros pueblos aborígenes.

19. En el sistema interamericano, el Pacto de San José de Costa Rica contiene una pauta global y genérica sobre la *progresividad* de los derechos sociales, económicos y culturales, y señala que los estados han de promover su efectividad *hasta el máximo de los recursos disponibles*. Siempre hemos tomado muy en cuenta este deber de destinar recursos en pro de los derechos sociales, y entendido que ese “máximo” de recursos no alude a lo que, discrecionalmente y a gusto del poder público, se fije como tope; muy por el contrario, significa a juicio nuestro que en la cuenta de ingresos e inversiones y gastos –por ejemplo, en el presupuesto estatal– es obligatorio destinar todo lo que más se pueda, a favor de los derechos sociales. Sin duda, acá hay una prioridad relevante que implica poner a la vanguardia de los recursos y gastos todo cuanto se hace necesario en materia de derechos sociales para conferirles efectividad. Seguramente, en beneficio de los sectores sociales más necesitados.

20. El tema del sujeto pasivo y sus obligaciones no se agota en lo que le incumbe al estado, siempre como primer responsable. Del estado hay que pasar a *los*

particulares, porque son muchas las situaciones en las que determinados derechos sociales tienen a particulares como sujetos pasivos. Algún ejemplo da noticia cabal de ello.

Así, aun cuando la normativa estatal y las políticas públicas son las que en un primer plano apuntan a la relación laboral de las personas que cumplen su tarea para un empleador privado –sea un sujeto individual, sea una empresa, o un establecimiento escolar o sanitario, etc.– en tal relación de empleo “inter privados” la parte patronal queda gravada con muchas obligaciones para con sus dependientes, tanto en materia remuneratoria como en las condiciones de trabajo que hacen al lugar, a la higiene, a la seguridad, al descanso, etc.

Si ahora enfocamos a escuelas, colegios y universidades no estatales, la enseñanza, el aprendizaje y cuanto les es anexo suscitan deberes encaminados a satisfacer el acceso a la educación y la cultura. Acá también podemos reconocer que las leyes organizativas de la educación y las políticas afines están a cargo del estado pero, de inmediato, quienes dirigen establecimientos no estatales han de desplegar una actividad en la que muchas obligaciones de dar, de hacer y de omitir se hallan a cargo de particulares. Y ello tanto para con los estudiantes cuanto para con el cuerpo docente y administrativo que cumple sus tareas en aquellos establecimientos educacionales.

Finalmente, las obras sociales y las entidades privadas que prestan servicios de salud dejan ver claramente que son deberes de quienes allí se desempeñan—profesionales del arte de curar, enfermeros, empleados, etc.— prestar –según la índole de su tarea— aquellos servicios a las personas que acuden al establecimiento sanitario o que se internan en él.

21. Basta este cuadro para que sus descripciones atestigüen que *el estado y los particulares* –cada quien a su modo– quedan convocados como operadores de los derechos sociales para que, asumiendo y cumpliendo las obligaciones correspondientes, tales derechos consigan la efectividad que, en igualdad de oportunidades, les reclama el valor justicia en el estado democrático.

22. Un retorno a las normas constitucionales en su engranaje con la realidad nos propone ahora algunas flexibilizaciones interpretativas. Así:

Las cláusulas constitucionales que, con una u otra fórmula, declaran que los derechos enumerados en el texto de la constitución no significan negar la existencia de otros (que se denominan *derechos “implícitos”*), adquieren gran valía sobre todo cuando se trata de derechos sociales.

Que haya *derechos “no” enumerados* atestigua otro axioma constitucional que tenemos propuesto en la frase: *hay derechos “con” normas y “sin” normas*. Esto quiere decir que para deparar reconocimiento constitucional a un derecho no es necesario que haya una norma que lo consigne: basta y sobra con que, en el marco del sistema axiológico de la constitución, o en su techo ideológico (para volver a usar una expresión de Lucas Verdú), encontremos principios y valores que a aquel derecho le deparen cobertura, alojamiento, recepción. De tal modo, la lista de derechos implícitos queda abierta a la maximización y la progresividad, lo que en el campo de los derechos sociales surte resultados positivos.

Y hasta, con un margen elástico de duda o debate, cabría preguntarse si los derechos emergentes de tratados internacionales que no cuentan con normas explícitas en la constitución, acaso toleran decir que se

sitúan en la cláusula constitucional de los derechos implícitos.

Finalmente, en una constitución democrática –con normas y sin normas– también nos atrevemos a sugerir que si no hay una cláusula expresa sobre derechos no enumerados, la existencia de dicha cláusula debe tenerse como implícita.

23. En resumen, todo cuanto preste extensión al plexo de derechos merece ser aceptado y postulado, para que –sobre todo en dirección a los derechos sociales– se haga efectivo el principio de que *hay derechos nuevos y contenidos nuevos en derechos viejos*.

24. Una última referencia que toma ejemplo en la constitución argentina puede dar clausura a nuestras reflexiones. El art. 14 –oriundo del texto histórico de 1853–1860, y vigente en el actual– enuncia un conjunto de derechos de “todos los habitantes”. *Habitante* es por igual el nacional y el extranjero. Pues bien, para que no quede duda, el art. 20 de aquel texto histórico nos dice que los extranjeros gozan de los mismos derechos “civiles” del ciudadano. Y derechos civiles eran y siguen siendo los condensados en el art. 14 ¿Y los sociales?

La respuesta es ésta: la coordinación de los dos artículos –el 14 y el 20– no ha de agotar su sentido a favor solamente de los derechos civiles. Con una interpretación dinámica y actualizada, debe llevarnos a afirmar que también en materia de derechos sociales hay igualdad para todos los habitantes, por manera que los extranjeros gozan de los mismos derechos sociales del nacional.

25. Son varios los *tratados internacionales de derechos humanos* que, con variedad de fórmulas, indican que sus cláusulas no permiten negar, inaplicar o relegar

otras –tanto provenientes de fuente internacional como de fuente interna de los estados– que rinden mayor beneficio o reconocen mayores o mejores derechos. El art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica nos da clara idea de ello.

Pues bien, es fácil rotular este criterio como “principio pro-homine”, o sea, *a favor de la persona*. ¿Qué significa esto?

Que para resolver cada caso o cuestión, los operadores que han de hacer aplicación del derecho vigente deben buscar y utilizar la fuente y la norma que es más favorable a uno o más derechos y, en general, al sistema de derechos globalmente considerado en su proyección institucional.

26. Nuevamente, estamos frente a un principio muy útil para los derechos sociales, en la medida que, sin egoísmo, y sin recluirse en un casillero del ordenamiento jurídico, hay que acudir a cuantas fuentes –internacionales o internas– proveen normas de reconocimiento y promoción de esos derechos. Ya vimos –por ejemplo– cómo es factible acudir hasta al derecho indígena cuando se trata de quienes forman parte de una comunidad aborígena.

En el orbe del derecho laboral –por ejemplo– la pluralidad de fuentes de las que debe extraerse la más favorable según el citado principio “pro homine” nos remite a la constitución, los tratados, la legislación, las convenciones colectivas de trabajo, y el mismo contrato individual de empleo.

27. Es hora entonces de que un *constitucionalismo cultural democrático* afinque vigorosamente la propensión a abarcar en unidad total a las diversas generaciones de derechos, para que los derechos económicos, sociales y culturales, con más las proyecciones recientes en diversas direcciones (derecho ambiental, derecho a la paz, derecho a la comunicación social, derechos

de consumidores y usuarios, derechos de incidencia colectiva, etc.) colmen abigarradamente las necesidades, las pretensiones y las demandas sociales.

Cuando sabemos que nuestras comunidades registran altos índices de pobreza, indigencia y miseria, y que en ese espacio de falencias es donde están ausentes los derechos sociales, urge rescatarlos para que el derecho a vivir con dignidad no sea una frase o un slogan, sino una realidad. No se vive en dignidad con solamente titularizar los derechos civiles, porque las personas carenciadas que precisan alimento, vivien-

da, atención de su salud, educación, medios de subsistencia, y tantas otras cosas más, poco pueden aprovechar –por ejemplo– de la libertad de expresión o del derecho a transitar por el territorio del estado. ¿Será que para ejercer los derechos civiles es menester que un promedio suficiente de derechos sociales tenga colocada a la persona humana en una verdadera situación de disponibilidad socioeconómica?

Cuando la exclusión social, la marginalidad y la miseria nos exhiben a sus víctimas, estamos en condiciones de contestar esa pregunta en forma afirmativa.