

Los derechos sociales y sus garantías, potencialidades y desafíos actuales

*Pablo Luis Manili**

SUMARIO: 1. El constitucionalismo social. 2. El derecho internacional. 3. El Problema de la efectividad de los DESC. 4. Bibliografía.

1. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

- a) Los derechos humanos, estos derechos comenzaron a ser incorporados a las constituciones a principios del siglo XX, con el nacimiento del constitucionalismo social. Ello fue una respuesta al conflicto surgido entre el capital y el trabajo luego de la revolución industrial.
- b) Como es sabido, a primera constitución en incluir normas sobre los DESC fue la mexicana, adoptada en Querétaro de 1917, la cual contenía normas referidas a:
 - La obligación del Estado de proveer educación democrática;
 - Justa retribución;
 - Distribución equitativa de la riqueza pública;
 - Derecho al trabajo digno y socialmente útil;
 - Jornada máxima de ocho horas y de siete si es insalubre, peligroso o nocturno;
 - Prohibición del trabajo de menores de 14 años;
 - Un día de descanso semanal al menos, y
 - Protección de la mujer embarazada y en periodo de lactancia.
- c) La Constitución alemana de Weimar de 1919 surgió de una transacción de posiciones entre los sindicatos y las organizaciones empresarias, con la mediación del partido socialdemócrata alemán y contiene normas sobre:

* Doctor y posdoctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional Universidad de Buenos Aires. La presente ponencia está basada en su libro *Constitucionalismo Social*, Buenos Aires, Astrea, 2016.

- Prohibición de la usura;
- La propiedad obliga y su uso debe constituir un servicio para el bien general;
- Derecho a la vivienda sana;
- El cultivo y explotación de la tierra es un deber de su propietario para con la comunidad;
- El gobierno puede, mediante ley, a reserva de indemnizar, traer al dominio público las empresas económicas privadas susceptibles de socialización;
- Nulidad de acuerdos que restrinjan derechos laborales;
- Protección de la maternidad, de la vejez y la enfermedad;
- Ayuda por desempleo;
- Paritarias entre empleados y patrones, y
- El trabajo es un deber moral correlativo de emplear toda su actividad en interés de la colectividad¹ (art. 163) y como deber jurídico del Estado de proteger ese trabajo (art. 157) y de ofrecer a todo alemán la posibilidad de trabajar (art. 163).

d) A partir de esos dos hitos, la enorme mayoría de los países del mundo comenzaron a incorporar cláusulas de derechos económicos y sociales a sus constituciones:

1. La Constitución de Estonia de 1919 prescribió los derechos a la justicia social en los siguientes términos: “Art. 25: La organización de la vida económica en Estonia debe responder a los principios de justicia que miren a procurar a los ciudadanos los medios de llevar una **vida digna de un hombre**, por leyes apropiadas destinadas a asegurar las tierras cultivables, un **hogar**, a proteger la persona y el trabajo, a garantizarles la **asistencia necesaria durante la juventud, la vejez o en caso de incapacidad o accidente** del trabajo”.
2. La Constitución de Polonia de 1921, que puso tanto énfasis en la garantía de la propiedad privada, contiene varias normas que señalan la transformación del concepto de este derecho:²

Art. 99: Solamente la ley determina en qué medida el Estado podrá reservarse la propiedad exclusiva de ciertos bienes, en interés de la colectividad, y las restricciones que podrán ser establecidas, por razones de orden público, al derecho de los

¹ Dana Montaña, Salvador M., *Justicia Social y Reforma Constitucional*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1948, p. 53.

² Dana Montaña, Salvador M., *op. cit.*, p. 110.

Los derechos sociales y sus garantías, potencialidades y desafíos actuales

individuos y de las asociaciones lícitas para disponer libremente de la tierra, de las aguas, de los minerales y de las otras riquezas naturales. **Dada la importancia de la tierra para la vida de la Nación y del Estado la ley podrá someter su comercio a ciertas restricciones. Las leyes determinarán la medida en la que el Estado tiene derecho de proceder al rescate forzoso de la tierra y a regular su transferencia,** inspirándose en el principio de que la estructura agraria de Polonia debe estar fundada sobre unidades agrícolas capaces de proporcionar una producción normal [...].

3. La Constitución del Estado libre de Dantzig, de 1922, establecía:

Art. 111: **El suelo, con sus recursos y sus riquezas, será sometido a un régimen legal de manera que impida cualquier abuso** y que proporcione a cada familia de la ciudad libre la posibilidad de crearse un hogar familiar... En esta legislación de los hogares familiares se tendrá especialmente en cuenta a las **familias numerosas, a los inválidos de la guerra y a los accidentados del trabajo.** La plusvalía inmotivada que se produce sobre un bien raíz sin gasto de trabajo ni de capital, debe aprovechar a la comunidad.

Art. 112: En virtud de una ley especial y previa indemnización, **pueden ser transferidas empresas económicas al dominio público** en la medida que el interés público lo exija.

4. La Constitución de Lituania de 1928 contenía esta norma: "Art. 91. La propiedad raíz se basa sobre el principio de la propiedad privada. El Estado conserva el derecho de **regularizar la posesión territorial** de tal manera que se creen condiciones propicias para una producción regular en el dominio de la economía agraria, y en particular, para el progreso de las propiedades pequeñas y medianas.
5. La Constitución de la República española de 1931, en su artículo 44 establecía:

Toda la riqueza del país, sea quien fuere el dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social, mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes. Con los mismos requisitos **la propiedad podrá ser socializada.** Los servicios públicos y las explotaciones que

afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija. El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas, cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional [...].

6. La Constitución francesa de 1946, que consagra el principio de la inviolabilidad de la propiedad privada, consigna su preámbulo la siguiente excepción: “Todo bien o empresa cuya explotación tenga o adquiera los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho **deberá convertirse en propiedad de la colectividad**”. Las nacionalizaciones de empresas realizadas en Francia, con la orientación y criterio relatados precedentemente, se fundaron en esta cláusula.³ Esa parte de la constitución aún está vigente por la remisión que a él efectúa el preámbulo de la constitución de 1958.
7. La Constitución italiana de 1947 contiene un amplio catálogo de derechos y principios sociales, comenzando, a modo de pórtico, con el artículo 1: “Italia es una República democrática fundada en el trabajo [...]”.

Art. 2: La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea **en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad**, y exige el cumplimiento de los **deberes** inderogables de solidaridad política, económica y social.

Art. 3: Todos los ciudadanos tendrán la misma **dignidad social**... Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

Art. 4: La República reconoce a todos los ciudadanos el **derecho al trabajo** y promoverá las condiciones que hagan efectivo este derecho...”,

Norma que se complementa con el artículo 35: “La República protegerá el trabajo en todas sus formas y aplicaciones [...]”.

Art. 36: El trabajador tendrá derecho a una **retribución proporcionada** a la cantidad y calidad de su trabajo y suficiente, en cualquier caso, para asegurar a su familia y a él una existencia libre y decorosa. Se determinará por la ley la **duración máxima de la jornada** de

³ Dana Montaña, S. M., *op. cit.*, p. 121.

Los derechos sociales y sus garantías, potencialidades y desafíos actuales

trabajo. El trabajador tendrá derecho al **descanso semanal y a vacaciones** anuales pagadas y no podrá renunciar a estos derechos.

Art. 37: La mujer trabajadora tendrá los mismos derechos y, a igualdad de trabajo, la misma retribución que el trabajador... Las condiciones de trabajo deberán permitir a la mujer el cumplimiento de su misión familiar esencial y **asegurar a la madre y al niño una protección especial adecuada**... La República protegerá el trabajo de los menores [...].

Art. 38: Todo ciudadano incapaz de trabajar y desprovisto de los medios necesarios para vivir tendrá derecho al mantenimiento y a la **asistencia social**. Los trabajadores tendrán derecho a que se prevean y garanticen los medios proporcionados a sus necesidades vitales en caso de accidente, enfermedad, invalidez y ancianidad y desempleo involuntario [...].

Art. 39: La **organización sindical** será libre y democrática.

Art. 40: El derecho de **huelga** se ejercerá en el ámbito de las leyes que lo regulen.

Además de esas normas relacionadas con el trabajo, contiene severos principios relativos al derecho de propiedad. Así, en su artículo 42 establece: "La propiedad privada es reconocida por la ley, que determina los modos de adquisición, de goce y los límites, con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible para todos". También admite la expropiación de "determinadas empresas o categorías de empresas, que se refieren a **servicios públicos esenciales o a fuentes de energía** o a situaciones de monopolio, y tengan carácter de preeminente interés general" (art. 43).

Consagra además el propósito de "conseguir la racional explotación del suelo" para lo cual da amplios poderes al Estado (art. 44).

8. Constituciones del Perú:

La carta magna de 1920 en su artículo 40 establecía⁴: "La ley, por razones de interés nacional puede establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad..." Y el 42 ordenaba que "La **propiedad minera en toda su amplitud pertenece al Estado**...". El artículo 47 se dedicaba al trabajo y establecía que

⁴ Cfr. García Belaunde, Domingo, *Las Constituciones del Perú*, Lima, Universidad de San Martín de Porres, 2006, t. II, p. 91.

el Estado legislaría sobre: **seguridad, salud, higiene, condiciones, salarios mínimos, indemnización de accidentes**, etc. Se establecía, asimismo, el arbitraje para la solución de conflictos sociales (arts. 48 y 49), se limitaban los intereses en los préstamos (art. 51) y se consagraba la obligatoriedad de la educación primaria (art. 53).

La constitución de 1933 establecía los siguientes principios en materia de derecho de propiedad: “Art. 31: La propiedad cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan”.

Art.34: **La propiedad debe usarse en armonía con el interés social.** La ley fijará los límites y modalidades del derecho de propiedad.

Art. 35: La ley, puede, por razones de interés nacional, **establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y la transferencia de determinadas clases de propiedad**, sea por su naturaleza, o por su condición en el territorio.

Art. 37: Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general **todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado** salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad, o en usufructo, a los particulares.

Art. 38: El Estado, puede, en virtud de una ley, tomar a su cargo o **nacionalizar los transportes terrestres, marinos o fluviales, lacustres, aéreos u otros servicios públicos** de propiedad privada, previa indemnización y de conformidad con las leyes existentes.

Art. 47: El Estado favorecerá la conservación y difusión de la mediana y la pequeña propiedad rural; y podrá, mediante una ley, y previa indemnización, **expropiar tierras** de dominio privado, especialmente las no explotadas, **para subdividir o para enajenarlas** en las condiciones que fije la ley.

9. Constituciones de Brasil:

La constitución de 1934, en su artículo 115 establecía: “El orden económico debe ser organizado conforme a los principios de la justicia y las necesidades de la vida nacional, de modo que posibilite a todos una **existencia digna**. Dentro de estos límites, se garantiza la libertad económica”. Los nuevos principios de justicia a que se referían los artículos que integraban el título IV de la Constitución de 1934 eran los siguientes: (i) El trabajo es un **deber social**; (ii) el derecho a subsistir con el fruto de su trabajo es garantido por el Estado; (iii) el contrato

Los derechos sociales y sus garantías, potencialidades y desafíos actuales

de trabajo es materia de régimen constitucional; (iv) existe el derecho de afiliarse libremente a un sindicato, pero sólo se reconocerá a uno de ellos como representante legal del gremio o profesión ante el gobierno; (v) la justicia del trabajo atenderá los conflictos del trabajo; (vi) se declaran ilegales las huelgas y los lockouts.⁵

La constitución de 1946, ampliando los términos de la de 1934, prescribió en su artículo 145 que “el orden económico debe ser organizado de acuerdo con los principios de **justicia social**, conciliando la libertad de iniciativa con la valorización del trabajo humano”. Las posibilidades de implantación de una economía dirigida, hállanse más definidas aun en el artículo 146, que consagra el principio de la intervención estatal, al establecer: “Es reconocida a la Unión, mediante ley especial, **la facultad de intervenir en el dominio económico y de monopolizar determinada industria o actividad económica**”.⁶ Como puede advertirse, esa fórmula se ha inspirado en la constitución de Weimar de 1919 (art. 151). El artículo 147 establece: “El uso de la propiedad será condicionado al bienestar social. La ley podrá... promover la justa distribución de la propiedad, con igual oportunidad para todos”. Y el artículo 156 prescribe la adquisición de pequeñas parcelas de tierra por parte de quienes las trabajaron durante diez años.

10. La Constitución colombiana de 1936 en su artículo 30 declara:

Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. **La propiedad es una función social que implica obligaciones.** Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa. Con todo, el legislador, por razones de

⁵ Cfr. *Anais do Primeiro Congresso Brasileiro de Direito Social*, Río de Janeiro, 1943, vol. I, p. 186; cit. por Dana Montaña, S. M., *op. cit.*, p. 56.

⁶ Ribeiro Netto, A. A., *Tendencia Omnipotente de la nueva Constitución brasileña en La Prensa* de Buenos Aires del 17-IX-1946, cit. por Dana Montaña S., *op. cit.*

- equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.
11. La Constitución de Bolivia, de 1938 en su artículo 106 establece que “El régimen económico debe responder esencialmente a principios de **justicia social**, que tiendan a asegurar para todos los habitantes una existencia digna del ser humano”. Además prevé, en el artículo 72, que: “La propiedad es inviolable **siempre que llene una función social**”. La Constitución de 1945 modificó esta última norma de este modo: “Se garantiza la propiedad privada, siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo. **La expropiación se impone por causa de utilidad pública o cuando llene una función social**, calificada conforme a la ley previa indemnización justa”. En su constitución de 1945 también aparece un capítulo denominado “Régimen Social”.
 12. La Constitución cubana de 1940 contiene en sus artículos 60 a 86 una extensísima regulación de derechos sociales, bajo el título “Del trabajo y de la propiedad”, en el cual regula: la obligación del Estado de proveer trabajo, salario mínimo, comisiones paritarias, inembargabilidad del salario, igualdad de remuneración, seguro social a cargo de instituciones con representación de trabajadores, de empleadores y del Estado, jornada máxima, prohibición de trabajo de menores, descanso anual pagado, protección de la trabajadora casada y de la maternidad, derecho a constituir sindicatos, derecho de huelga, despido con justa causa, viviendas baratas, etc. En cuanto a la propiedad, reconoce en su artículo 87 “la existencia y legitimidad de la propiedad privada en su más amplio concepto de función social...”. Declara en el artículo siguiente que “el **subsuelo pertenece al Estado**, que podrá hacer concesiones para su explotación, conforme a lo que establezca la ley”. En el artículo 91 encontramos una norma muy particular: “El padre de familia que habite, cultive y explote directamente una finca rústica de su propiedad, siempre que el valor de ésta no exceda de dos mil pesos, podrá declararla con carácter irrevocable como **propiedad familiar**, en cuanto fuere imprescindible para su vivienda o subsistencia y quedará exenta de impuestos y será inembargable e inalienable, salvo por responsabilidad anterior a esta constitución...”.
 13. La constitución de Costa Rica fue reformada por Ley 24 del 2 de julio de 1943, que introdujo elementos propios del constitucionalismo social en las siguientes disposiciones:

Los derechos sociales y sus garantías, potencialidades y desafíos actuales

Art. 29. La propiedad es inviolable: a ninguno puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, y previa indemnización conforme a la ley... Por motivos de necesidad pública podrá el Congreso, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, **imponerle a la propiedad limitaciones de interés social**.

Art. 51. El Estado procurará el mayor bienestar de los costarricenses, protegiendo de modo especial a la familia base de la Nación; asegurando **amparo a la madre, al niño, al anciano y al enfermo desvalido** y organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Art. 52. **El trabajo es un deber social** y gozará de la especial protección de las leyes, con el objeto de que su cumplimiento dé al individuo derecho a una existencia digna y acorde con sus esfuerzos y aptitudes.

Art. 53. Todo trabajador manual o intelectual tendrá derecho a un sueldo o **salario mínimo** que cubra las necesidades de su hogar en el orden material, moral y cultural, el cual será fijado periódicamente, atendiendo a las modalidades de su trabajo y a las particulares condiciones de cada región y de cada actividad [...].

Art. 54. La **jornada ordinaria de trabajo** no podrá exceder de ocho horas en el día y de seis en la noche y de cuarenta y ocho horas por semana. El trabajo en horas extraordinarias deberá ser remunerado con un cincuenta por ciento más de los sueldos o salarios estipulados [...] Todos los trabajadores manuales e intelectuales tendrán derecho a **vacaciones anuales pagadas**, cuya extensión y oportunidad serán reguladas por la ley, pero cuyo monto no podrá ser fijado en una proporción menor de dos semanas por cada cincuenta semanas de servicio continuo.

Art. 55. Tanto Los patronos como todos los trabajadores podrán **sin-dicalizarse** libremente [...].

Art. 56. Se reconoce el derecho de los patronos al paro y de los trabajadores a la **huelga** salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia.

Art. 57. Tendrán fuerza de ley las convenciones y **contratos colectivos de trabajo** que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos y sindicatos de trabajadores [...].

Art. 59. El Estado auxiliará la construcción de **casas baratas para los trabajadores** urbanos y creará el patrimonio familiar para el trabajador campesino.

Art. 60. Todo patrono debe adoptar en sus empresas las condiciones necesarias para la **higiene y seguridad del trabajo**.

Art. 62. A trabajo igual y en idénticas condiciones, corresponderá un **salario o sueldo igual** sin distinción de personas ni de sexos. El trabajador campesino gozará de los mismos derechos vitales que en el trabajador urbano [...].

Art. 63. Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulador por el sistema de triple contribución forzosa del Estado, de los patronos y de los trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de **enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte** y demás contingencias que la ley determine [...] Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales.

Art. 64. Habrá una **jurisdicción especial de trabajo** para mejor resolver los conflictos que se deriven de las relaciones entre patronos y trabajadores. Todos los Tribunales de Trabajo dependerán del Poder Judicial y la ley determinará su número y organización; en su mayor parte se integrarán por un representante del Estado, quien los presidirá, y por un representante de los patronos y otro de los trabajadores.

Art. 65. Los derechos y beneficios a que esta Sección se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye **otros que se deriven del principio cristiano de Justicia Social**, serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en un Código Social y de Trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.

14. La Constitución ecuatoriana de 1945 establecía en su artículo 146:

El régimen de la vida económica debe responder a principios de **justicia social** y tender a liberar de la miseria a los ecuatorianos, proporcionándoles una existencia digna. La propiedad, por tanto, crea obligaciones sociales y, en consecuencia, la utilización de la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la colectividad.

15. La Constitución de Guatemala de 1945 dispone:

Art. 22. Es función del Estado conservar y mejorar las condiciones generales de la Nación, procurar el **bienestar de sus habitantes** e incrementar la riqueza mediante la creación y el fomento de instituciones de crédito y previsión social.

Art. 55. **El trabajo es un derecho del individuo y una obligación social. La vagancia es punible.**

Los derechos sociales y sus garantías, potencialidades y desafíos actuales

Art. 56. El capital y el trabajo, como factores de la producción, deben ser protegidos por el Estado.

Art. 57. El Estado empleará los recursos que estén a su alcance para **proporcionar ocupación a todo el que carezca de ella**, y asegurarle las condiciones económicas necesarias a una existencia digna.

Art. 58. Las leyes que regulen las relaciones entre el capital y el trabajo, atenderán a las circunstancias económicas y sociales del país, a las condiciones y costumbres particulares de cada región y a las características y posibilidades de las diversas clases de actividades. Respecto de los trabajadores agrícolas, el Estado tomará en cuenta las condiciones y necesidades de aquéllos, las zonas en que laboran y las demás circunstancias peculiares de esta clase de trabajo. Son principios fundamentales... 9. La reglamentación de **los derechos de huelga y de paro**.

Art. 60. En los **accidentes y enfermedades profesionales** que sufran los trabajadores con motivo de sus labores o en ejercicio de ellas, o a consecuencia de su profesión, los empresarios serán responsables, salvo los casos de intención manifiesta de la víctima, fuerza mayor extraña al trabajo, accidentes ocurridos a trabajadores que realizan por cuenta del patrono trabajos en su domicilio particular, y accidente debido a comprobado estado de embriaguez de la víctima.

Art. 72. **La familia, la maternidad y el matrimonio**, tienen la protección del Estado, quien velará también, en forma especial, por el estricto cumplimiento de las obligaciones que de ellos se derivan.

Art. 90: El Estado reconoce la existencia de la **propiedad privada** y la garantiza como **función social**, sin más limitaciones que las determinadas en la ley, por motivos de necesidad o utilidad públicas o de interés nacional". El artículo siguiente declara: "Quedan prohibidos los latifundios. La ley los califica y consignará las medidas necesarias para su desaparición. Los latifundios existentes por ningún motivo podrán ensancharse, y mientras se logra su redención en beneficio de la colectividad, serán objeto de gravámenes en la forma que determina la ley. El Estado procurará que la tierra se reincorpore al patrimonio nacional.

16. Constitución de la República de Panamá, de 1940, reformada el 1 de marzo de 1946

Art. 45. Se garantiza la propiedad adquirida con arreglo a la Ley por personas jurídicas o naturales, la cual no podrá ser desconocida ni vulnerada por leyes posteriores. **La propiedad privada implica obligaciones para su dueño por razón de la función social que debe llenar.**

Art. 65. La Ley establecerá la manera de ajustar periódicamente el salario o sueldo mínimo con el fin de **mejorar el nivel de vida del trabajador** y en atención a las particularidades de cada región y de cada actividad industrial, comercial o agrícola... El mínimo de todo salario o sueldo es inembargable, salvo las obligaciones alimenticias en la forma que establezca la Ley. Son también inembargables los instrumentos de labor de los trabajadores.

Art. 66. A trabajo igual, en idénticas condiciones, corresponde siempre **igual salario** o sueldo, cualesquiera sean las personas que lo realicen, sin distinción de sexo o de nacionalidad.

Art. 67. Se reconoce el **derecho de sindicación** a los patronos, empleados, obreros y profesionales de todas clases para los fines exclusivos de su actividad económico-social.

Art. 68. Se reconoce el **derecho de huelga y de paro**. La Ley reglamentará su ejercicio y podrá someterlo a restricciones especiales en los servicios públicos que ella determine.

Art. 69. La **jornada máxima** de trabajo diurno es de ocho horas y la semana laborable hasta de cuarenta y ocho horas. La jornada máxima nocturna no será mayor de siete horas. Las horas extraordinarias serán renumeradas con recargo.

Art. 71. Se protege la **maternidad obrera**. La mujer en estado de gravidez no podrá ser separada de su empleo por esta causa. Durante las seis semanas que preceden al parto y las ochos que le siguen, gozará de descanso forzoso retribuido del mismo modo que su trabajo y conservará el empleo y todos los derechos correspondientes a su contrato.

17. Constitución de la República de Haití de 1946

Art. 17. ... **la propiedad impone igualmente obligaciones**. Su uso debe ser en el interés general. El propietario terrateniente tiene, con respecto a la Comunidad, el deber de cultivar, explotar y proteger el suelo, principalmente contra la erosión.

La sanción de esta obligación está prevista por la ley.

Art. 19. Todo trabajador tiene el derecho de participar, por intermedio de sus delegados, en la determinación colectiva de las condiciones de trabajo. Todo trabajador tiene derecho al **descanso y a las vacaciones**. Todo hombre tiene derecho de defender sus intereses por la **acción sindical**. Cada uno se adhiere al sindicato de sus actividades profesionales o no se adhiere a ninguno. El **asuetto anual** pago es obligatorio.

18. La Constitución de Venezuela, de 1947, contiene interesantes disposiciones desde su *Declaración preliminar*, donde consagra

Los derechos sociales y sus garantías, potencialidades y desafíos actuales

a la **justicia social**, junto con la dignidad humana, como uno de los pilares del accionar del Estado. Contiene un profuso capítulo sobre los deberes y derechos individuales y sociales en lo relativo a la economía nacional.

Art. 65: La Nación garantiza el derecho de propiedad. En virtud de su **función social**, la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general.

Agrega que

La ley podrá establecer prohibiciones especiales para la adquisición, transferencia, uso y disfrute de determinadas clases de propiedad, sea por naturaleza, por su condición, o por su situación en el territorio nacional.

Art. 67: El Estado atenderá a la defensa y conservación de los **recursos naturales** del territorio venezolano, y reglamentará el uso, goce y aprovechamiento de aquéllos, de acuerdo con los fines anteriormente citados.

Es necesario destacar un texto constitucional precursor sancionado en este país en 1812, en la provincia de Barcelona, en el cual se incluían normas protectoras del trabajo un siglo antes que en el resto del mundo.⁷ Su artículo 13 ordenaba al legislativo la sanción

[...] de una ordenanza que arregle con equidad los jornales de los operarios libres, que detalle las horas del trabajo diario, que castigue con severidad la falta de cumplimiento de sus compromisos, y a los labradores, de que no les faltarán los brazos convenientes para sus empresas, ni serán engañados por aquellos, variando las reglas según las exigencias de los tiempos y de las circunstancias.

El artículo 23 de esa carta se refería a la seguridad social: “Los socorros públicos son una deuda sagrada. La sociedad debe proveer la subsistencia a los ciudadanos miserables, ya sea proporcionándoles ocupación, y asea asegurando los medios de existir a los que no pueden trabajar”.

19. La Constitución de la República Dominicana de 1947 consagra el derecho de propiedad como inherente a la personalidad humana”, pero agrega que la propiedad “podrá ser tomada por causa debidamente justificada de **utilidad pública o interés social**, y previa justa indemnización. En casos de calamidad pública, la indemnización podrá no ser previa”.

⁷ Caldera, Rafael, *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, El Ateneo, 1957, p. 129.

Art. 6. Se consagran como inherentes a la personalidad humana: [...] 2. La libertad del trabajo, quedando prohibido, en consecuencia, el establecimiento de monopolios en beneficio de particulares. La ley podrá, según lo requiera el interés general, establecer la **jornada máxima** de trabajo, los días de **descanso y vacaciones**, los sueldos y **salarios mínimos** y sus formas de pago, los **seguros sociales**, la participación preponderante de los nacionales en todo trabajo, y en general, todas las medidas de protección y asistencia del Estado que se consideren necesarias a favor de los trabajadores.

20. La Constitución de la República de Nicaragua del 21 de enero de 1948

Art. 58: [...] A nadie se puede privar de la suya sino en virtud de la sentencia judicial o por causa de utilidad pública o de **interés social calificado de conformidad con la ley** y previa justa indemnización que corresponderá determinar a la autoridad judicial [...].

Art. 60. El derecho de propiedad, en cuanto a su ejercicio, está sometido a las **limitaciones que impone el mantenimiento y progreso del orden social**. En armonía con este principio, la ley podrá gravar la propiedad con obligaciones o servidumbres de utilidad pública, y podrán dictarse las leyes pertinentes para regular las cuestiones del inquilinato y arrendamiento.

Art. 62, que dice: Por motivo de interés público o social la ley puede establecer restricciones o prohibiciones para la adquisición y transferencia de determinada clase de propiedad en razón de su naturaleza, condición o situación en el territorio.

Art. 63: “Para fines de interés general podrá el Estado **intervenir en la explotación y régimen de las empresas de servicio público y aún nacionalizarlas**, previa indemnización en este último caso”.

“Art. 70. A los padres sin recursos económicos les asiste el derecho de impetrar el auxilio del Estado para la educación de la prole.

Art. 80: “Se prohíbe la usura[...].

En un muy extenso artículo 83 se prevén, en doce incisos y con un grado de detalle impropio de un texto constitucional, las reglas que rigen el trabajo: descanso semanal y anual, jornada máxima, salario mínimo, indemnización de accidentes, protección de mujeres y niños, asistencia médica, trabajo nocturno, inembargabilidad de sueldo, protección contra despido arbitrario, preaviso, etc.

Art. 85. El Estado establecerá el Instituto Nacional del Seguro Social. La Ley regulará la forma de establecer el Fondo de Seguros a favor de los asalariados mediante racional concurrencia del Estado, del beneficiario y del patrón para cubrir los riesgos de enfermedad, invalidez, ancianidad y desocupación”.

Los derechos sociales y sus garantías, potencialidades y desafíos actuales

21. Si bien cuentan con una regulación más escueta, también encontramos rasgos propios del constitucionalismo social en las constituciones de Chile de 1925, Uruguay de 1932 (con sus reformas de 1938, 1942, 1952, etc.), El Salvador de 1939, Paraguay de 1940, etcétera.

2. EL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional, por su parte, no permaneció ajeno a la cuestión social y a los problemas de ella derivados. Desde principios del siglo XX, en forma paralela y simultánea al proceso del constitucionalismo social, aparecieron las primeras normas del DIP directamente aplicables al individuo.

- a) En 1906 se celebran dos tratados internacionales regulatorios del trabajo nocturno de las mujeres y de la utilización de ciertas sustancias tóxicas en el trabajo⁸, antecedentes inmediatos de la labor iniciada en 1919 por la Oficina Internacional del Trabajo, predecesora, a su vez, de la OIT.
- b) La OIT fue creada en 1919⁹, en el Tratado de Versalles, que puso fin a la primera guerra mundial. Su preámbulo expresa la preocupación que existía en la comunidad internacional por la cuestión social: "...la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social; Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales...".

En el marco de esta organización se celebraron cantidad de conferencias, tanto a nivel global como regional. Para citar solo un ejemplo de los documentos emanados de ellas mencionaremos la de Buenos Aires de 1961 en la que se propició: asegurar a los trabajadores una justa remuneración y adecuadas condiciones de trabajo y eficientes sistemas de relaciones obrero-patronales.

- c) En el Pacto de la SDN, creada en el mismo Tratado de Versalles, el artículo 23 se refería a "*condiciones de trabajo equitativas y humanas... tratamiento justo a los habitantes nativos... combatir las enfermedades*".

⁸ Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Del Puerto, 1997, p. 7.

⁹ El texto original de esta Constitución, aprobado en 1919, ha sido modificado en 1934, 1946, 1954, 1963 y 1974.

- d) La Carta de la ONU, de 1945, también contiene ciertos principios básicos:
- (i) En el Preámbulo se declaró que los pueblos de la ONU están resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.
 - (ii) En el artículo 55 se estableció que la ONU promoverá: niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social y la solución de problemas económicos, sociales y sanitarios.
 - (iii) Asimismo se creó un Consejo Económico y Social que, según el artículo 68, establecerá comisiones de orden económico y social y para la promoción de los derechos humanos
- e) La Declaración de los Principios Sociales de América, de 1945,¹⁰ luego de proclamar que *“el hombre debe ser el centro de interés de todos los esfuerzos de los pueblos y de los gobiernos”*, propugnó la cooperación internacional para la solución de los problemas sociales, mejorando, para tal efecto las condiciones materiales de existencia de las clases trabajadoras. Recomendó la sanción de una legislación social que proteja a los trabajadores, en especial en cuanto al salario, jornada, descanso, trabajo de mujeres y menores, riesgos del trabajo, previsión, asistencia y seguridad social, seguro social, derecho de asociación, de concertar convenios colectivos de trabajo y de huelga.¹¹
- f) La Carta de la OEA, de 1948, contiene un extenso capítulo dedicado a normas económicas y sociales, en el cual se vincula el desarrollo económico a la justicia social. El artículo 30 se refiere a la justicia social internacional y al desarrollo económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico; y el artículo 34 propone la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, nutrición adecuada, vivienda adecuada, etcétera.
- g) En la DADDH, de 1948 (con jerarquía constitucional en la Argentina) se protege a la mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, se consagra el derecho al trabajo en condiciones dignas, al descanso, a la seguridad social, etcétera.

¹⁰ Aprobada por la Conferencia Interamericana de la Guerra y de la Paz en Chapultepec (México), el 7 de marzo de ese año.

¹¹ Tissembaum, M. R., *op. cit.*, p. 198.

Los derechos sociales y sus garantías, potencialidades y desafíos actuales

- i) En la DUDH de 1948 (también con jerarquía constitucional en nuestro país) hay normas referidas a la cuestión social: En el Preámbulo hay referencias a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida, en el artículo 22 se incluye el derecho a la seguridad social, en el 23 el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, igual salario por trabajo igual, derecho a fundar sindicatos, derecho al descanso, etcétera.
- j) En 1966 bajo los auspicios de la ONU se adoptó el PIDESC, que entró en vigor en 1976 y fue elevado a jerarquía constitucional en la Argentina en 1994. Contiene una amplia protección de estos derechos. La clave de todo el sistema está en el artículo 2.1:

Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas **hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

En la observación general 3 (OG 3), el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité de DESC) analizó el alcance de las obligaciones que surgen de esa norma y sostuvo: que debe ser interpretada de acuerdo con el principio de progresividad; el cual impone a los Estados obligaciones de comportamiento y de resultado que, aunque contempla una realización paulatina y considera posibles restricciones derivadas de la limitación de recursos, también impone varias obligaciones con efecto inmediato, como la de no discriminación.

En cuanto al párrafo relativo a *“lograr progresivamente...la plena efectividad de los derechos”* la OG 3 indica que el pleno goce no podrá lograrse en un breve período y es aquí donde se reconoce una diferencia importante con el art 2 del PIDCP, que incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar los derechos. En el PIDESC la *progresividad* implica admitir cierto margen de flexibilidad frente a las dificultades que pudiere enfrentar cada país para cumplir con su deber de asegurar la plena efectividad de los DESC.¹²

¹² Loianno, Adelina, “Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales”, en Sabsay, Daniel A. (dir.) y Manili, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, t. 5.

El Comité también se refirió a la “*prohibición de regresividad*”, según la cual el Estado debe evitar cualquier acción u omisión que implique retrotraer el nivel de goce o protección del que ya disfrutaban los individuos. Si hubiera necesidad de retrotraer la operatividad de los derechos, dicha medida debe justificarse cuidadosa y plenamente en el contexto del aprovechamiento pleno de los recursos disponibles (punto 9).

Los derechos contenidos en el PIDESC relacionados con el trabajo son:

- (i) Derecho a trabajar libremente,
 - (ii) condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias,
 - (iii) salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres,
 - (iv) seguridad y la higiene en el trabajo,
 - (v) descanso, limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas
 - (vi) derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección
 - (vii) derecho a la seguridad social, incluso al seguro social
 - (viii) derecho a la protección a la familia, a las madres antes y después del parto
 - (ix) derecho a la protección a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social.
 - (x) Derecho a un nivel de vida adecuado, incluso alimentación, vestido y vivienda
 - (xi) Derecho a la educación: enseñanza primaria obligatoria y gratuita; secundaria y superior accesibles y progresivamente gratuitas
 - (xii) Derecho a participar en la vida cultural; gozar de los beneficios del progreso científico
 - (xiii) A los sindicatos se les reconoce el derecho a formar federaciones o confederaciones, a funcionar sin obstáculos, el derecho de huelga
- k) El artículo 26 del PSJCR va en el mismo sentido que el PIDESC: los Estados se comprometen a adoptar medidas legislativas o de otro carácter, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA “*en la medida de los recursos disponibles*”.
- l) En 1988, bajo los auspicios de la OEA se firmó el Protocolo adicional al PSJCR en materia de derechos económicos, sociales y

Los derechos sociales y sus garantías, potencialidades y desafíos actuales

culturales¹³, conocido como “Protocolo de San Salvador”, análogo al PIDESC pero con aplicación únicamente en el continente americano

3. EL PROBLEMA DE LA EFECTIVIDAD DE LOS DESC

a) El gran problema de estos derechos es la carencia de mecanismos efectivos para lograr su efectividad. ¿Cómo se hace para obligar al Estado a que le garantice a una persona determinada el derecho al bienestar?... ¿o el derecho a una vivienda digna?...

Lo primero que hay que tener en cuenta es que los DESC son derechos distintos de los civiles y políticos. Es por ello que, por ejemplo, la constitución española no los llama “derechos” sino “*principios rectores de la política social y económica*” y hay autores que los llaman “los derechos por analogado”¹⁴.

La segunda premisa es que, como afirma Bidart Campos, no son sólo los jueces los que deben poner fin a la inacción estatal en esta materia, sino que, en virtud de la fuerza normativa que tiene la constitución, se deben poner en ejercicio otros mecanismos democráticos para generar que los funcionarios del Estado cumplan con estos derechos, tales como:

- la revocatoria popular de los mandatos,
- el juicio político,
- la iniciativa legislativa popular,
- las gestiones de los Ombudsmen,
- y —como último recurso— la decisión del electorado a través del voto para no elegir ni reelegir a funcionarios remisos en esta materia.¹⁵

El Comité de DESC, en la OG 3 ya referida, sostuvo que, si bien las medidas legislativas pueden ser indispensables, no agotan las obligaciones del Estado, sino que además deben existir mecanismos jurisdiccionales efectivos que permitan acceder a los derechos contenidos en el Pacto. Agregó que “...parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no autoejecutables”.

¹³ Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General Argentina lo firmó en 1988 y ratificó en 2003.

¹⁴ Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, cap. 32, *passim*.

¹⁵ *Idem*.

b) La ejecutabilidad de los DESC siempre deriva en el tema de la inconstitucionalidad por omisión, es decir: qué facultades y qué mecanismos pueden utilizar los jueces para compeler a las ramas políticas del gobierno que están en mora con el cumplimiento de las obligaciones en esta materia, a que adopten las medidas necesarias para ayudar a los que menos tienen, para reducir la pobreza, la marginalidad, la cantidad de gente en situación de calle, sin trabajo, etc.

c) En los casos en que los tribunales han procurado efectivizar derechos sociales, han sido comunes las sentencias exhortativas, es decir aquellas en las cuales el poder judicial insta, aconseja, promueve o sugiere, la actuación de los demás poderes (ejecutivo y legislativo) para que adopten las medidas necesarias (legislativas o de otro carácter) para hacer efectivos los derechos económicos y sociales

d) En derecho comparado se han ido ideando, a lo largo del tiempo, distintos mecanismos para superar el problema de la ejecutabilidad de estos derechos:

- (i) *Los mandamientos de ejecución*: se trata de normas que permiten a los jueces ordenar a los funcionarios la ejecución de determinadas medidas de las cuales depende el goce de un derecho económico o social. En algunos países se hallan legisladas expresamente, mientras que en otros dependen del activismo judicial y del coraje de los jueces para dictarlas. En Perú está contemplado en el artículo 200.6 de la constitución de 1993 y en Brasil en el artículo 5, apartado LXXI ("*mandato de injucao*"). En nuestro país se destacan como ejemplos de este mecanismo las normas contenidas en las constituciones de Río Negro (art. 44), Chubut (art. 58) y Santa Cruz (art. 18), según las cuales, cuando una norma impone a un órgano del Estado un deber concreto, toda persona en cuyo interés debe ejecutarse ese acto puede demandar a la justicia su ejecución inmediata y el juez, previa comprobación sumaria, dictará la orden de ejecución.
- (ii) El derecho a no ser discriminado fue utilizado también como herramienta para garantizar los DESC. En los casos "*Broeks*"¹⁶ y "*De Vries*",¹⁷ el Comité de Derechos Humanos de la ONU dispuso que la legislación holandesa sobre seguro social discriminaba a la mujer

¹⁶ Comunicación 172/1984, cit. por Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales", en Abregú, Martín y Courtis, Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS-Del Puerto, 1997, pp. 283 y ss.

¹⁷ Comunicación 182/1984

Los derechos sociales y sus garantías, potencialidades y desafíos actuales

casada porque, para otorgarle una pensión por desempleo, le exigía requisitos que no eran exigidos a los hombres

- (iii) El derecho al debido proceso también sirvió para paliar situaciones de pobreza en el caso *"Airey"*,¹⁸ donde la Corte Europea DH entendió que la legislación sobre divorcio vigente en Irlanda impedía que personas de escasos recursos accedieran a él. En el caso, aún cuando no era necesario el patrocinio letrado, la complejidad del proceso y los altos costos de los abogados implicaban una discriminación en razón de la fortuna y una lesión al derecho al debido proceso. Asimismo, en el caso *Salesi vs. Italia*¹⁹ la Corte Europea DH sostuvo que los principios del debido proceso se deben aplicar también a los trámites relativos a la seguridad social, a fin de facilitar la concesión de beneficios asistenciales a personas de escasos recursos.
- (iv) *Los subsidios*: es cuantiosa la jurisprudencia de los tribunales de distintos países que, frente a situaciones de desamparo de familias que viven en las calles, ordenaron al Poder Ejecutivo local (es decir, provincias, municipios, alcaldías, comunas, etc.) la entrega de un subsidio con el fin de garantizar el derecho a una vivienda digna, para que esa familia pueda alquilar alguna habitación.
- (v) Es de destacar incluso un caso en el cual, frente a una situación de indigencia extrema, un juez argentino ordenó a un supermercado la entrega de mercaderías a una familia y el pago de la factura de esos productos al municipio donde ello ocurrió

4. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales", en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS-Del Puerto, 1997.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.
- CALDERA, Rafael, *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, El Ateneo, 1957.
- Constitutionalismo Social*, Buenos Aires, Astrea, 2016.

¹⁸ CEDH 9/10/79 serie A, núm. 32

¹⁹ CEDH, 26/2/93, Serie A, núm. 257-E.

DANA MONTAÑO, Salvador M., *Justicia social y reforma constitucional*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1948.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Las Constituciones del Perú*, Lima, Universidad de San Martín de Porres, 2006.

LOIANNO, Adelina, "Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales", en Sabsay, Daniel A. (dir.) y Manili, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, t. 5.

PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Del Puerto, 1997.

RIBEIRO NETTO, A. A., *Tendencia Omnipotente de la nueva Constitución brasileña en La Prensa* de Buenos Aires del 17-IX-1946.