

## II. *Derecho social. Significados de la expresión*

1. El derecho social ha sido concebido como una pauta para la crítica del derecho positivo; esto conduciría a afirmar que la expresión “derecho social” no designa una realidad jurídica sino un principio moral que fundamenta la crítica de la realidad jurídica, del conjunto de normas vigentes en una época y lugar determinados; “derecho social” expresaría, así, la exigencia de corregir el derecho positivo a la luz de principios “suprajurídicos”. La norma jurídica recibe validez según su adecuación a los principios del “derecho social”.

Los que utilizan la expresión “derecho social”, en el sentido de un principio moral de crítica del derecho positivo, tienen que admitir que es posible conocer racionalmente cuáles necesidades humanas son dignas de ser satisfechas y cuál es el orden jerárquico que les corresponde. Dicho conocimiento permitiría criticar la realidad jurídica. Para algunos tratadistas no es posible tal conocimiento racional: la solución al problema de la determinación de las necesidades que deban ser satisfechas a través de las normas implica un juicio de valor, determinado por factores emocionales y tiene, por ende, carácter subjetivo, válido únicamente para el sujeto que juzga.

2. Otros han explicado el llamado “derecho social” dentro del problema del derecho nuevo. Se intenta, entonces, descubrir el proceso de transformación del ordenamiento jurídico que conduce al establecimiento de normas que responden a una nueva idea de la justicia. La nueva idea de justicia se presenta como una creencia colectiva, como el sentir o aspiración social y se formaliza como un uso social. Este ideal se manifiesta a través de convenios particulares, interindividuales o colectivos y se hace valer como el orden jurídico espontáneo. La expresión “derecho social” designa así este orden jurídico espontáneo.

El derecho nuevo, en su primera fase de derecho positivo, vale como derecho excepcional: se presenta para unos casos limitados y singulares; para una determinada y concreta situación social, cuya regulación, conforme a las normas del derecho general o común, se estima que llevaría a una injusticia. Este derecho, como excepcional, se hace sentir políticamente como un privilegio. El desarrollo sistemático del derecho excepcional conduce a un derecho especial, que representa una derogación de cierto alcance del ordenamiento jurídico común. El derecho especial se incorpora a la constitución, tendiendo a extenderse, a través de la interpretación de los jueces o a través de la actividad del legislador. Esta expansión se expresa diciendo que las situaciones sociales análogas tienden a ser reguladas de un modo análogo: el derecho especial se presenta en aquellos sectores sociales que guardan cierta relación de identidad o de analogía con aquél en que se realizó por vez primera. En este sentido,

se patentizó la inconveniencia de esta restricción: el derecho social debía designar las normas de protección a las clases económicamente débiles y no sólo a aquellas protectoras del trabajo por cuenta ajena.

La extensión del derecho social trae como consecuencia el que éste, a medida que se realiza en nuevos sectores sociales, en relación con nuevas y más numerosas instituciones o categorías de sujetos, o de cosas, o de actividades, se generaliza y se hace común; es decir, los nuevos principios del derecho social se extienden a todo el orden jurídico.

Cuando el derecho social se entiende como manifestación de la transformación del derecho, ha de interpretarse la historia a la luz de la evolución de los derechos individuales. Los sistemas jurídicos de los tiempos modernos persiguieron la abolición de la opresión política, asegurando al individuo su libertad como ciudadano; es decir, la libertad frente a la coerción del individuo dentro de un grupo. De ahí que se pensara que los derechos humanos venían a tener por objeto la salvaguardia del individuo contra los abusos del poder, reservando al hombre un campo de acción favorable por el Estado.

Pero el reconocimiento de los derechos individuales por la Revolución Francesa, en 1789, no resultó satisfactorio. Es cierto que ellos destruyeron los antiguos privilegios que obstaculizaban la libertad civil, pero no lo es menos que el ejercicio de los derechos individuales permitió crear otra desigualdad, dejando a una gran parte de los hombres en situación miserable. Era necesario, entonces, “completar” la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano con el reconocimiento de los derechos que protegerían a cada hombre contra los rigores del orden jurídico. Así, los hombres formularon una Declaración Universal de los Derechos del Hombre, reservando en ella un lugar para los llamados “derechos sociales”. Estos derechos se construyen a partir de la ideología que permite aceptar la destrucción de la formulación liberal de los derechos individuales.

Frente a los derechos “individuales”, los hombres se preguntaban qué significaba realmente el derecho de elegir libremente el trabajo para quien se hallaba expuesto a la arbitrariedad del patrono o a la amenaza de desempleo, hubieron de preguntarse acerca del valor efectivo del derecho a la inviolabilidad del domicilio para quien se veía despojado del hogar más elemental.

La necesidad de mantener estas interrogantes dentro de cauces de conciliación obligó al reconocimiento de las aspiraciones de todo ser humano al trabajo, a la educación y a la asistencia social como derechos fundamentales, al lado de los derechos políticos, y destinados a garantizar la

ser ya únicamente garantías frente al Estado, sino también garantías frente al capital.

3. Para algunos autores, la expresión “derecho social” debe situarse en el problema de la sistematización del derecho; la preocupación será la de determinar cuáles son los elementos que permiten clasificar a las normas como de derecho social, puesto que para algunos la sistematización basada en la división del derecho en público y privado es insuficiente para describir el complejo mundo del derecho actual.

Se admite que nadie ha definido el dominio del derecho social, ni descrito su método. Se le ha concedido en oposición al derecho de cuño tradicional, como realizando un ideal de justicia a través de una igualación de situaciones sociales; como un derecho de clase, destinado a proteger a aquellos que en la vida jurídica son demasiado débiles para protegerse por ellos mismos.

En realidad, lo que debe buscarse en el análisis del derecho social son los principios que autorizan a utilizar el concepto derecho social para una más conveniente sistematización de las normas. Un primer paso sería el constatar que son llamadas “normas sociales” aquellas que condenan el ejercicio abusivo de los derechos individuales; que impiden la adquisición, por vía contractual, de situaciones privilegiadas; que permiten a los económicamente débiles gozar de las ventajas de las que gozan clases sociales menos desprotegidas: un alojamiento higiénico, una vida sin temores gracias a un salario suficiente y a las asignaciones familiares, un descanso recuperador, etcétera.

Sin embargo, faltaría determinar los principios jurídicos informantes del derecho social; sólo esta determinación posibilitará el utilizar “derecho social” en la sistematización del derecho.

Mendieta y Núñez, profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México y distinguido investigador de las ciencias sociales, pretende que los factores comunes de las normas del derecho social pueden reducirse a los siguientes:

Dichas normas se refieren a los individuos en cuanto integrantes de grupos o de sectores de la sociedad bien definidos: obreros, campesinos, desvalidos.

Estas normas tienen un marcado carácter protector de las personas, grupos o sectores que caen bajo sus disposiciones. Las normas son de derecho social al regular fundamentalmente intereses materiales de ciertos grupos o sectores de la sociedad.

Las normas de derecho social pretenden establecer las instituciones y controles para la transformación de las contradicciones de intereses de las clases sociales.

Respecto de esta última característica, habría que recordar que la escuela del derecho social, aun cuando postula la “socialización” del dere-

cho, no llega a postular la socialización de la propiedad; al contrario, al pretender que la propiedad privada debe tener una “función social” está implicando un fundamental respeto a su irreductible carácter privado.

Se admite entre los principios jurídicos informantes del derecho social la restricción impuesta al libre juego de la autonomía de la voluntad.

Puede caracterizarse la teoría de la autonomía de la voluntad como aquella que sostiene esencialmente la soberanía de los individuos para regular sus derechos mediante un acuerdo de voluntades (convención o contrato) que tiene fuerza de ley entre las partes. El juez, cuando surja algún conflicto entre ellas, debe limitarse a hacer respetar y ejecutar tales convenciones como si fueran la misma ley. Tal concepción se funda en los principios individualistas del liberalismo, pero hoy parece insostenible dada la tendencia a la protección de ciertos grupos, asociaciones, etcétera. Esta tendencia se manifiesta en el llamado “dirigismo contractual”: el contrato escapa a la acción común concertada de las partes para convertirse en una operación dirigida por los poderes públicos. En el campo del derecho del trabajo, si las partes deciden contratar, su libertad se restringe de modo considerable por las normas imperativas que gobiernan la relación laboral. Pero la evolución de las ideas continuó: la misma figura del contrato era inadecuada para explicar la relación de trabajo. Según el principio del derecho civil, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde ese instante se encuentran las partes obligadas al cumplimiento de lo pactado. En el campo del derecho del trabajo, los efectos se producen a partir del instante —explica el maestro Mario de la Cueva— en que el trabajador inicia la prestación del servicio, de manera que los efectos jurídicos que derivan del derecho del trabajo se producen, no por el simple acuerdo de voluntades entre el trabajador y el patrono, sino cuando el obrero cumple efectivamente su obligación de prestar un servicio. Es en razón de la prestación del servicio que el derecho del trabajo impone al patrono cargas y obligaciones. Hay una diferencia esencial entre la relación de trabajo y los contratos de derecho civil: en estos últimos, la producción de los efectos jurídicos y la aplicación del derecho solamente dependen del acuerdo de voluntades, en tanto en la relación de trabajo es necesario el cumplimiento mismo de la obligación del trabajador; la prestación del servicio es el supuesto necesario para la aplicación del derecho del trabajo. El derecho civil de las obligaciones y de los contratos está subordinado en su aplicación a la voluntad de los particulares, en tanto la aplicación del derecho del trabajo depende de un hecho —la prestación del servicio— cualquiera que haya sido la voluntad del trabajador y patrono.

En el campo del derecho de la seguridad social, la noción de contrato se ha ido desdibujando; ya el mismo seguro social voluntario hubo de ser enjuiciado y no puede hablarse hoy de un contrato de seguridad social. El seguro social es obligatorio, en cuanto que deriva de un mandato del