



Novedades

La Constitución y los derechos sociales

Christian Suárez Crothers*

15/06/2009

La Constitución y los derechos sociales

15/06/2009

Protección social, igualdad y construcción de un estado de bienestar en Chile

08/06/2009

Política

La división de la izquierda de la Concertación y la crisis de la coalición

08/06/2009

Economía

Las dos almas de la UDI

01/06/2009

Política

De la Constitución Celda a la Constitución del Bicentenario

01/06/2009

Política

Presidenciales 2009: definiendo la ecuación entre continuidad y cambio

La Constitución del ochenta que nos rige, es una "jaula de hierro" que impide que los ciudadanos vivamos en la democracia que queremos tener. Lo hemos afirmado no sólo porque ella es hija de un tiempo al que no queremos volver. Decimos, además, que ella está repleta de poderes de veto que impiden que el pueblo ejerza su soberanía a través del expediente del gobierno de la mayoría con respeto a los derechos de la minoría. Una tercera crítica que hacemos a la "Constitución celda", es que establece un orden económico y un sistema de derechos fundamentales completamente liberal. Lo que impide que un Estado activo y una comunidad fuerte puedan garantizar los derechos sociales de los chilenos. Esto último es especialmente grave, pues en el mundo contemporáneo soplan vientos completamente contrarios a los del neoliberalismo chileno y mundial de los años setenta y ochenta

Incluso en la nación capitalista más poderosa del mundo occidental la ciudadanía exige un profundo cambio. Su Presidente no duda en promover un Estado activo que salve a una economía de mercado que en sus excesos puede conducir al país a una crisis social. Para ello, cuenta con un poderoso aliado intelectual: Cass Sunstein. Este es un conocido constitucionalista norteamericano de las escuelas de Derecho de Chicago y Harvard, Fue colega durante 15 años del Presidente Obama en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago y es actualmente uno de sus principales asesores.

Cass Sunstein ha escrito recientemente un libro en el que se aborda un tema que quedó inconcluso en la presidencia de Franklin Delano Roosevelt: la incorporación a la práctica constitucional de los Estados Unidos de un segundo *bill of rights* o declaración de derechos (1). En el pensamiento de Roosevelt estaba presente la idea de que la Revolución Americana se encontraba radicalmente incompleta y que, por lo tanto, resultaba indispensable incorporar una declaración de derechos económicos bajo la forma general de un supuesto derecho a llevar una vida confortable. Señala el autor, que la propuesta fue formulada en un desconocido discurso de 1944, como una suerte de Declaración de Interdependencia, como la denomina Sunstein (2). En su opinión, éste habría sido el mejor de los discursos pronunciados por un presidente de los Estados Unidos en el siglo XX, y sugiere que su idea fue trazada por Roosevelt incluso antes de su primera campaña presidencial y de la emergencia de la innovadora doctrina del New Deal (3).

Acerca de

Este informe ha sido preparado por el Consejo Editorial de asuntospublicos.ced.cl.

©2000 asuntospublicos.ced.cl. Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción, total o parcial, de lo publicado en este informe con sólo indicar la fuente.

Como señala en la introducción de su libro, el "*second bill*" fue un producto directo de la fuerte experiencia americana de la Gran Depresión, la Segunda Guerra y las consecuencias que ambas tuvieron dramáticamente en la vida de las personas: desesperación, miseria, desempleo, entre las principales. El propósito era que ganada la guerra, dicha declaración pudiera ser implementada no sólo en el orden interno, sino que también en el internacional. Roosevelt, a través de su propuesta, quería asegurar el destino de los soldados que habían de retornar de la guerra, así como con el new deal intentó con éxito hacer desaparecer el espectro de la inseguridad en medio de la crisis económica (4).

Roosevelt entendía que la responsabilidad de poner en práctica el *second bill* correspondía al Congreso. Las leyes económicas dijo entonces, no obedecen a leyes de la naturaleza (5). Para gozar de la libertad de expresión, del querer, religiosa y libertad del temor, se necesita una economía orientada a asegurar a todas las naciones una vida saludable y pacífica para todos sus habitantes. Roosevelt consideraba que existía una íntima conexión entre esta libertad y la protección contra las amenazas externas que se integra al concepto de *freedom of fear*. El concepto, que debe ser aplicable, además a todas las naciones, es inclusivo de tres aspectos adicionales a la seguridad física frente a los ataques de los agresores. Esos aspectos son: 1.- Seguridad económica; 2.- Seguridad social y, 3.- Seguridad moral.

Nos interesa destacar que para los efectos del debate chileno, que tan polarizado se da en el tiempo inmediatamente anterior y posterior a nuestra Constitución del 80 en torno a comunismo y capitalismo, que Roosevelt elaboró estas ideas, desde el punto de vista de un no igualitarista. Roosevelt era un partidario de la doctrina del individualismo. Como recalca Sunstein: "fue la libertad y no la igualdad lo que motivó el *second bill of rights*". El presidente Roosevelt era una persona convencida de las ventajas del libre mercado, de la libertad de empresa y de la propiedad privada de los medios de producción. Sin embargo, ello no impidió su creencia y decisión de establecer tasas impositivas a los más ricos, que posibilitaran un piso decente (*a decent floor*) a los que ocupaban los sitios más bajos de la sociedad.

Sunstein observa en su libro la manera como, muchas veces, los Estados Unidos han abrazado ciertas formas perniciosas de individualismo que, mientras por una parte, apoyan el derecho a la propiedad privada; a la libertad de los contratos y al respeto de las libertades políticas, por otra, desconfían de la "intervención de los gobiernos", bajo el argumento de que las personas pueden perfectamente defenderse por sí mismas sin intervención del gobierno. Sunstein califica este tipo de individualismo en términos francamente duros; así expresa que se trata de un individualismo "parcial", "ambivalente" e, incluso, "resentido" (*grudging*). En otras palabras, una suerte de individualismo "incoherente" y al que moteja como una verdadera "red de confusiones" (*a tangle of confusions*) que fue rechazada en la era del *new deal* y que no enraíza con el período fundacional de los Estados Unidos.

Lo esencial del problema –a juicio del autor- fue apuntado por el propio Roosevelt, cuando afirmó –identificando estas confusiones- que "...los derechos de propiedad podrían no existir sin la asistencia del gobierno cuando los derechos individuales son interferidos por el derecho de propiedad, por lo que éste debe intervenir, no para destruir el individualismo, sino para protegerlo". El *new deal* y las características de la crisis de los 30, ayudaron a reivindicar –nos señala Sunstein- una simple idea: que nadie realmente se opone a la intervención del gobierno. En aquella época, incluso, nos recuerda –de un modo parecido a lo que hoy ocurre- los que más levantaban la voz en contra de la intervención de los gobiernos sabían que dependían de ella a cada instante (6).

¿En qué sentido afirma Sunstein que esta forma de individualismo es una red de confusiones (*tangle of confusions*)? Principalmente porque, como sostuvo el juez Oliver Wendell Holmes Jr., la propiedad y el

valor son un producto de reglas legales y no de simples interacciones privadas, y menos aún de la naturaleza (7). El *laissez-faire* –sigue Sunstein, invocando ahora a Hale- no es más que un sueño utópico que nunca ha existido y que jamás puede ser realizado. Las leyes de la propiedad –como afirmaba Roosevelt, no son leyes de la naturaleza sino creaciones humanas y tanto ricos como pobres dependen siempre de su existencia. Para fundar su tesis acerca del mito del *laissez faire* recuerda la importancia que el realismo americano, a través del juez Holmes y del profesor Hale, entre otros, tuvo en las ideas de Rossevelt, no obstante que a través de su obra recuerda, una y otra vez, que el Presidente no planteó su propuesta al estilo de un intelectual que, por lo demás, jamás pretendió ser, como el mismo Trotsky lo había hecho notar alguna vez, ni tampoco pensó nunca que su Second Bill pudiera imponerse a través de una enmienda a la Constitución, como se intentó a través de un proyecto de 2003, que prácticamente reiteró sus contenidos.

Muchas de estas estipulaciones, cree el autor, no deben ser vistas como meros privilegios (que los norteamericanos saben muy bien distinguir de sus derechos) sino que debe considerárseles como condiciones propias e ínsitas a la calidad misma de ciudadano. Roosevelt, por tanto, tuvo una visión constitucional, que teniendo como base a las libertades –y no a una concepción igualitaria- comprendió que la seguridad de los ciudadanos, constituía un requisito *sine qua non* del propio ejercicio de la libertad, de manera que el producto consciente de las elecciones sociales pudieran ser contrarrestadas por una nueva concepción de los derechos que garantizara, además, el buen funcionamiento de las instituciones.

El *second bill*, sin embargo, resultó ser un documento absolutamente desconocido en los Estados Unidos de Norteamérica, aunque su destino en el resto del mundo fue del todo diferente. La influencia internacional de este documento fue muy grande. Así, por ejemplo –nos indica el autor-, las ideas del *second bill* jugaron un papel relevante en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que incluyó precisamente los derechos económicos y sociales, entre el conjunto de los derechos reconocidos por esta declaración, como una muestra que Sunstein considera “evidente” (*unmistakable*) de la influencia de las ideas del Presidente del *New Deal*. Los derechos incorporados a la Declaración Universal de Derechos Humanos fueron básicamente: el derecho a la educación; el derecho a la seguridad social; el derecho a ser libre de los monopolios o a la libre competencia y, posiblemente, incluso –nos indica Sunstein-, el propio derecho al trabajo. El *Second Bill* surgió como una alternativa de la democracia liberal, en el ámbito de los derechos, frente a las amenazas del fascismo y del comunismo. De ahí su éxito tras 1945. A Roosevelt –como lo comparte también Sunstein- no le importó tanto la fundamentación de estos derechos bajo una teoría utilitarista, kantiana u de otra especie, sino su aceptación por el pueblo. En apoyo de esta tesis, cita a Jacques Maritain, filósofo de gran influencia en la Declaración Universal, cuando aseveró lo siguiente: “*si, nosotros acordamos los derechos, pero lo hicimos bajo la condición de que nadie nos pregunte por qué*”.

Un tema importante del libro es preguntarse porqué en los Estados Unidos esta propuesta osada, que Ackerman califica, junto al momento fundacional de la Unión y a la Guerra Civil, como uno de los tres grandes momentos constitucionales de los Estados Unidos, no tuvo el mismo éxito al interior del País. Explica que las razones que se han dado para ello son múltiples: algunos han fundado esta reticencia en un factor cronológico; esto es la circunstancia de ser la Constitución de los Estados Unidos la Constitución más antigua y que, por tanto, no pudo integrar derechos que sólo vinieron a consolidarse con rango constitucional en el siglo XX. Sin embargo, este argumento le parece débil porque las constituciones no se congelan en el tiempo y sus significados pueden cambiar a través de la práctica interpretativa. Esta fue, precisamente, la tesis que la Corte Rehnquist, con la integración conservadora que de la misma hicieron los presidentes Reagan y Bush, planteó, al revertir las decisiones que durante casi 60 años operaron bajo la doctrina del *New Deal*. Rehnquist y los nuevos miembros de la Corte, pensaban que

Roosevelt había infringido la Constitución al introducir una doctrina que permitió una amplia delegación de poderes del Congreso hacia el Presidente y que reafirmó judicialmente derechos no escritos en la Constitución.

Para Sunstein, sin embargo, la violación de la Constitución operó por parte de la misma Corte. En un primer momento, rechazando el programa del Presidente bajo el argumento de que las intervenciones, especialmente en materia laboral, afectaban el principio constitucional de libertad contractual. Así, en los primeros años de la década de 1920, la Corte razonó en contra del salario mínimo, del horario máximo de la jornada y limitó los poderes del Congreso bajo la cláusula de comercio, poniendo, como se comprende, en serio riesgo el programa presidencial. Para Sunstein, la iniciativa de Roosevelt estaba en perfecta consonancia con la Constitución. Desde luego, porque ella en ninguna parte prohíbe que el Congreso pueda otorgar ciertos poderes discrecionales al Presidente y, además, porque el genio de la Constitución de los Estados Unidos reside, precisamente, en su carácter flexible y en su capacidad de adecuación a las nuevas necesidades

La Corte Suprema, sin embargo, en ese primer período, y luego con Rehnquist, en una interpretación –a su juicio- violatoria de la Constitución, rompió con una regla general del sistema americano de *judicial review*: el respeto y la deferencia que los jueces deben a las ramas del gobierno que los elige. La regla, dice Sunstein, es que ante una “duda razonable” las cortes deben aceptar un reclamo plausible de que una acción del Congreso o del Presidente se enmarca dentro de la autoridad que la Constitución les ha conferido. No les corresponde, en consecuencia, a las cortes la atribución constitucional de regular. La diferencia entre el *Second Bill* y la forma en que diversas constituciones en el mundo recogieron ideas semejantes, es que, mientras en el constitucionalismo americano los derechos allí concebidos tienen la naturaleza de derechos fundamentales, en la mayor parte de las constituciones referidas se manifestaron sólo como meras responsabilidades y tareas del gobierno (8). Ese habría sido el gran aporte del Presidente Roosevelt.

Roosevelt pensaba que los derechos del *Second Bill* podían ser aceptados por personas con distintos puntos de vista, de la misma forma como los padres fundadores concibieron los derechos y la Constitución en el momento fundacional. Cuando Sunstein se pregunta el porqué esta obra quedó inconclusa, acude también a otras tres explicaciones distintas de la cronológica expresada más arriba (9). a) Porque existiría algo en la cultura americana que sería especialmente hostil a estos derechos, b) Porque la Constitución americana es protegida por las Cortes y c) Por las “idas y venidas” ya mencionadas del derecho constitucional americano entre los años 60 y 70 de la pasada centuria. Sin embargo, ninguna de estas explicaciones le parece enteramente suficiente, convencido como está que el *Second Bill* está pendiente de realizar y que no se opone al entendimiento básico de la Constitución americana. Este libro ha sido escrito antes de la crisis subprime. En cierto sentido es anticipatorio. La cultura norteamericana individualista y partidaria del libre mercado no fue óbice para que la visión de Roosevelt se implantara y esté vigente en buena parte, gracias a la actuación, aunque con sobresaltos en los períodos indicados, de la Corte Suprema. Sunstein cree que es un proyecto plenamente vigente, pero que no requiere para su realización de una enmienda constitucional. Países, afectos también al sistema de *judicial review*, acogen sus principios y protegen los derechos que de ellos emanan.

Si bien se ha argüido – señala el autor- que el *excepcionalismo constitucional* americano no ha facilitado su amplia aceptación, porque el desarrollo histórico de los Estados Unidos y su población es más bien hostil a un tipo de pensamiento político fundado en la división de clases, que hubiese contribuido a la formación de partidos socialistas o social demócratas más proclives a estas ideas, ellas se han asentado parcialmente en la práctica de la Suprema Corte, en medio de un orden individualista y basado en

instituciones capitalistas. Finaliza Sunstein expresando que el Second Bill of Rights debería ser retomado en su noción original, porque aún en los Estados Unidos, pese a su reconocimiento parcial, millones de americanos están desempleados; millones no tienen seguro de salud y mueren anticipadamente; millones de jóvenes americanos reciben una educación inadecuada y un 20% de los niños americanos viven en situación de pobreza (10). Para superar estos déficits es necesaria la intervención regulatoria del Gobierno y del Congreso, más que una simple enmienda constitucional. La acción de la política y la *opinio iuris* de los ciudadanos será la encargada de terminar la tarea inconclusa.

Volvemos a Chile. Estamos en elecciones presidenciales y es evidente que vivimos tiempos de cambio. Los chilenos se han visto beneficiados por veinte años de paz social, crecimiento económico y estabilidad política. Sin embargo, necesitamos más riqueza y mejor repartida. En efecto, leo a Ricardo Ffrench-Davis quien sostiene que si bien hemos crecido económicamente como nunca en nuestra historia, Chile hoy tiene un PIB per cápita que alcanza cerca del 30% del que tienen los países desarrollados. Si queremos gozar de los derechos que en ellos se tiene, debemos crecer más. Si en entre 1990 y 1998 lo hicimos a un 7,1%, tras la crisis asiática lo hemos hecho a 3,8%. Agregamos un segundo problema, si se consideran las diferencias entre el 20% más rico y el 20% más pobre, la brecha en Chile duplica la del conjunto de los países desarrollados (15 veces contra siete veces). Ffrench-Davis recuerda que el crecimiento económico entre 1973y 1989 fue de 2,9% y que la brecha no era de 15 veces, sino de casi 20 veces (11). Pero la complacencia es una mala compañera y peor consejera. Por ello si Sunstein pide una nueva declaración de derechos sociales en Estados Unidos, nosotros debemos bregar por una Constitución del Bicentenario que garantice los derechos sociales.

-
- * Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Diplomado en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) de Madrid, dependiente de la Presidencia del Gobierno de España. Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Talca.
- (1) THE SECOND BILL OF RIGHTS. FDR ´S UNFINISHED REVOLUTION AND WHY WE NEED IT MORE THAN EVER. Cass. R. Sunstein. Basic Books. A member of the Perseus Books Group. New York. Library of Congress, 2004. 294 pp.
- (2) Pp.12
- (3) Pp.13
- (4) Pp.17
- (5) Pp.18.
- (6) Pp. 19
- (7) Pp.20
- (8) Así por ejemplo en la Constitución de Weimar de 1919, en la Constitución de Islandia de 1920, la de España de 1930, la de Finlandia de 1919 o la Holandesa de 1922. (Ver pp. 64)
- (9) Ver. Pp. 105.
- (10) Ver pp. 234
- (11) Ffrench-Davis, Ricardo; La equidad social. Un gran desafío para Chile; en: Leiva, Patricio; Los caminos para la integración de América Latina; Universidad Miguel de Cervantes; Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales, Santiago de Chile; 2008; pp. 111 - 122