

¿Por qué la Constitución norteamericana carece de garantías sociales y económicas? (*)

Cass R. Sunstein (**)(***)

1. Introducción

La Declaración Universal de Derechos Humanos protege un amplio rango de derechos sociales y económicos. Proclama, por ejemplo, que “toda persona tiene derecho al trabajo y a la libre elección de este, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”. También dispone “igual salario por trabajo igual”, derecho a “fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses” y derecho a “una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”. En términos aun más generales, la Declaración da a “toda persona” el “derecho a un nivel de vida adecuado que le

asegure, así como a su familia, salud y bienestar, y en especial alimentación, vestimenta, vivienda, asistencia médica y servicios sociales necesarios; asimismo tiene derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia debido a circunstancias independientes de su voluntad”. La Declaración también dispone el “derecho a la educación” y a la “seguridad social”.

Muchas constituciones modernas siguen la Declaración al crear derechos sociales y económicos. Estos garantizan a los ciudadanos un amplio rango de títulos sociales. Por supuesto, esto era cierto para la Constitución soviética. Pero muchas constituciones no comunistas y postcomunistas también contienen estos derechos. Por ejemplo, la Constitución rumana incluye el derecho al disfrute del tiempo libre, el derecho al trabajo, a igual salario

(*) Publicado originalmente bajo el título *Why does the American Constitution lack social and economic guarantees?* En: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=375622. La traducción del presente texto, con autorización expresa del autor, estuvo a cargo de Vanessa Erika Luyo Cruzado, abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(**) Karl N. Llewellyn Distinguished Service Professor de Jurisprudencia, Escuela de Derecho y Departamento de Ciencias Políticas, Universidad de Chicago.

(***) “Las limosnas dadas a un hombre desnudo en la calle no llenan las obligaciones del Estado, el cual debe a todos los ciudadanos una subsistencia segura, alimento apropiado, vestimenta adecuada, y un género de vida que no sea contrario a la salud”. Montesquieu.

“Esta República tuvo sus inicios, su crecimiento y su fortaleza actual, bajo la protección de ciertos derechos inalienables -entre los cuales se encuentra el derecho de libre expresión, libertad de prensa, a la libertad de cultos, al juicio mediante jurados, a la inmunidad contra registros o incautaciones sin causa razonable. Eran nuestros derechos a la vida y la libertad.

Conforme nuestra economía iba creciendo en tamaño y medida, sin embargo -conforme se expandió nuestra economía industrial- estos derechos políticos resultaron inadecuados para asegurarnos igualdad en la búsqueda de la felicidad (...) Hemos aceptado, por decirlo así, una segunda Carta de Derechos bajo la cual puede establecerse una nueva base de seguridad y prosperidad para todos-independientemente de la condición, raza, o credo.

El derecho a un trabajo remunerado y útil en las industrias, comercios, granjas, o minas de la Nación;

El derecho a ganar lo suficiente para disponer de alimentación, vestimenta y recreación adecuadas;

El derecho de todo agricultor a cultivar y vender sus productos con un rendimiento que le de a él y a su familia una vida apropiada;

El derecho de todo hombre de negocios, grande o pequeño, a comerciar en un ambiente libre de competencia desleal y dominio de monopolios nacionales o extranjeros;

El derecho de toda familia a una vivienda adecuada;

El derecho a asistencia médica adecuada y la oportunidad de lograr y disfrutar de buena salud;

El derecho a protección adecuada contra los temores económicos de la vejez, la enfermedad, los accidentes y el desempleo;

El derecho a una buena educación;

Pido al Congreso que investigue los medios para implementar esta Carta de Derechos económica -definitivamente es responsabilidad del Congreso hacerlo”. Franklin Delano Roosevelt.

por trabajo igual, y medidas para la protección y seguridad de los trabajadores. La Constitución siria establece que “el Estado se encarga de proveer trabajo a todos los ciudadanos”. La Constitución de Noruega impone al Estado la responsabilidad de “crear condiciones que permitan a toda persona capaz de trabajar, ganarse la vida mediante su trabajo”⁽¹⁾. La Constitución búlgara ofrece el derecho a vacaciones, el derecho a trabajar, seguridad laboral, seguridad social y atención médica gratuita. La Constitución húngara proclama: “Las personas que viven dentro del territorio de la República de Hungría tienen derecho al nivel más alto posible de salud física”. También dispone que “todo aquel que trabaje tiene derecho a la remuneración que corresponda a la cantidad y calidad del trabajo realizado”. La Constitución del Perú dispone: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”⁽²⁾.

No toda Constitución moderna crea derechos de este tipo; tales derechos están totalmente ausentes de una serie de Constituciones contemporáneas. En vez de eso, algunas naciones reconocen tales derechos, pero de una forma que los hace parecer metas y no totalmente derechos. La Constitución de Suiza, por ejemplo, dice que “la Confederación y los cantones buscan asegurar ciertos derechos, incluyendo la seguridad social, atención médica necesaria y más”⁽³⁾. La Constitución de la India ofrece un rango de derechos civiles y políticos, y también ofrece “principios directrices de política estatal”, afirmando que el Estado “dirigirá su política a asegurar ciertos derechos”, incluyendo medios de vida adecuados, igual salario por igual trabajo tanto para hombres como mujeres, y más⁽⁴⁾. Esta estrategia también es seguida en Irlanda, Nigeria y Papúa Nueva Guinea. La Constitución de Sudáfrica reconoce un amplio rango de derechos sociales y económicos, pero asimismo reconoce restricciones en los recursos, que típicamente obligan al Estado a “tomar medidas legislativas razonables y otras, dentro de sus recursos disponibles, para lograr la realización progresiva del derecho relevante”⁽⁵⁾. Disposiciones de este tipo son ambiguas, pero han sido mantenidas para ser justiciables, obligando al gobierno a no fallar respecto a su obligación básica⁽⁶⁾.

En este punto estoy preocupado con un rompecabezas en particular. Las Constituciones de varias naciones crean derechos sociales y económicos, sean o no exigibles. Pero la Constitución

norteamericana no hace nada de este tipo. ¿Por qué? ¿Qué hace a la Constitución norteamericana tan distinta en este sentido?

Exploraré cuatro posibles respuestas. En el proceso, espero proyectar alguna luz en los efectos de las Constituciones, las diferencias culturales, y las garantías sociales y económicas en general. La primera explicación es cronológica; apunta simplemente a la edad de la Constitución norteamericana, que es la más antigua en vigor en el mundo. La segunda, de naturaleza institucional, enfatiza que los derechos sociales y económicos no pueden coexistir fácilmente con la revisión judicial, una preocupación de la cultura legal norteamericana. La tercera apunta al excepcionalismo norteamericano en su acepción estándar: la ausencia de un movimiento socialista significativo en los Estados Unidos. La cuarta, enraizada en el realismo legal, hace hincapié en el desarrollo al interior de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los años 1960 y 1970. Finalmente, mi sugerencia principal es que la cuarta explicación es la más interesante e incluso la correcta. La Constitución significa lo que la Corte Suprema dice que significa, y con un modesto cambio de personal en la Corte, se entendería que la Constitución crea derechos sociales y económicos, del tipo reconocido en muchas Constituciones modernas y en las Constituciones de algunos de los Estados norteamericanos.

Unas palabras adicionales antes de proceder. Para evaluar las cuatro explicaciones, es importante distinguir entre condiciones necesarias y suficientes para el reconocimiento de los derechos sociales y económicos. La interpretación judicial de una disposición constitucional ambigua es una condición suficiente, pero no necesaria. La ratificación de una disposición explícita es una condición suficiente, pero no necesaria. Mi preocupación aquí es explorar tanto el fracaso de un esfuerzo serio de ratificación como la ausencia de una interpretación judicial que reconozca los derechos sociales y económicos.

Este ensayo está organizado como sigue: la parte 2 ofrece algunos conceptos preliminares. Mi meta aquí es desafiar la afirmación de una dicotomía entre los derechos constitucionales tradicionales y los derechos sociales y económicos, mostrando que ambos tipos dependen de un gobierno activo, y ciertamente de los gastos de los fondos de los contribuyentes. La parte 3 explora la explicación cronológica. La parte 4 discute en síntesis el proceso

(1) Constitución de Noruega, artículo 110.

(2) Constitución de Perú, artículo 24.

(3) Artículo 41.

(4) Constitución de India, Parte IV, artículo 39.

(5) Véase, por ejemplo, sección 26 (vivienda).

(6) Véase GROOTBOOM.

(i) Nota del traductor: El *New Deal* fue el nombre que el Presidente Franklin D. Roosevelt le dio a la serie de programas entre 1933-1937, que tenían las metas de recuperación y reforma de la economía de los Estados Unidos durante la Gran Depresión.

de enmienda y también el período del *New Deal*⁽⁷⁾, en el cual las garantías sociales y económicas recibieron una destacada atención pública. La parte 5 examina las consideraciones institucionales. La parte 6 investiga la explicación cultural. La parte 7 explora el desarrollo en los años sesenta y setenta, sugiriendo que la Corte estuvo muy cerca de interpretar la Constitución para crear derechos sociales y económicos, y que con leves diferencias en la composición de sus miembros, la Corte habría hecho exactamente eso. La parte 8 es una breve conclusión.

2. Prolegómenos conceptuales

¿Qué es lo distintivo de los derechos sociales y económicos? ¿Qué los hace inusuales? La respuesta convencional es que mientras los derechos ordinarios crean obligaciones “negativas” al gobierno, preservando una esfera de inmunidad privada, los derechos sociales y económicos imponen obligaciones “positivas” al gobierno, creando un conjunto de derechos privados para asistencia gubernamental. Desde este punto de vista, las garantías negativas son a la vez consagradas y consistentes con la tradición liberal (clásica). Los derechos positivos son novedosos, una creación del *New Deal*, la democracia social, o quizás el socialismo, asimilando en la categoría de “derechos” lo que de otra manera sería visto como solicitudes de asistencia pública. En una formulación estándar, la Segunda Carta de Derechos propuesta por Roosevelt, vista al inicio, se distingue en “reunir la libertad negativa del gobierno lograda en la vieja Carta de Derechos con la libertad positiva a través del gobierno, a ser lograda en la nueva Carta de Derechos”⁽⁷⁾.

Realmente, esta es una forma convencional de ver los temas, y tiene cierto soporte histórico. Las garantías sociales y económicas, a menudo descritas como los derechos de “segunda generación”, recibieron un extenso reconocimiento después de los derechos liberales tradicionales. Sin embargo, el modo convencional es una forma negativa de entender las categorías relevantes. Muchos de los así llamados derechos negativos requieren acción del gobierno, no abstención del gobierno. Dichos derechos no pueden existir sin asistencia pública. Consideremos, por ejemplo, el derecho a la propiedad privada. Como escribió Bentham “el derecho y la propiedad nacen juntos y mueren juntos. Antes del derecho no hay propiedad; si desaparecen las leyes, toda la propiedad cesa”. En el estado de naturaleza, la propiedad privada no puede existir, al menos no en la forma que existe en una sociedad libre. En el estado de naturaleza,

cualquier “derecho” de propiedad debe ser protegido, ya sea por la autodefensa -útil para los fuertes, no para los débiles- o a través de las normas sociales. Esta forma de protección es de lejos muy frágil para sustentar una economía de mercado, e incluso la independencia básica de los ciudadanos. Como sabemos, la propiedad privada es a la vez creada y protegida por el derecho; requiere una asistencia gubernamental amplia.

El mismo punto rige para el otro fundamento de la economía de mercado, el pariente cercano de la propiedad privada: la libertad de contratación. Para que este tipo de libertad exista, es extremadamente importante tener mecanismos de coerción confiables, en la forma de cortes civiles. La creación de tales mecanismos requiere acción, no abstención. Este punto -la dependencia de los derechos respecto a la asistencia pública- no está limitado a los fundamentos de la economía de mercado. Por ejemplo, tomemos el derecho de no ser sometido a torturas ni abusos, quizás la libertad “negativa” por definición. Por supuesto, es posible decir que este derecho es una salvaguarda “negativa” contra la intrusión pública en el dominio privado. Sin embargo, como problema práctico, este derecho requiere un aparato estatal dispuesto a descubrir y sancionar las violaciones relevantes de los derechos. Si el derecho incluye protección contra atentados privados, simplemente no puede existir con abstención del gobierno. Si el derecho está limitado a la protección contra el abuso público de poder, se puede satisfacer con la abstención; pero en la práctica, la abstención en temas como la tortura y el abuso debe estar garantizada por un aparato público que determinará y sancionará los comportamientos ilícitos. Algunos derechos requieren la protección del gobierno contra sus propias violaciones de derechos. Si la lista de derechos privados convencionales baja, veremos este mismo punto en cada caso.

Hay una implicación más amplia, con relevancia directa respecto a la cuestión de los derechos sociales y económicos. Todos los derechos constitucionales tienen implicaciones presupuestarias; todos los derechos constitucionales cuestan dinero⁽⁸⁾. Si el gobierno planea proteger la propiedad privada, tendrá que gastar recursos para asegurarla frente a las intrusiones tanto públicas como privadas. Si el gobierno quiere proteger a las personas contra pesquisas y aprehensiones arbitrarias, tendrá que emplear recursos para entrenar, monitorear y disciplinar a la policía. Si el gobierno quiere proteger la libertad de expresión, debe como mínimo tomar medidas para obligar a sus propios agentes; y estas medidas tendrán un costo. Se concluye que en la

(7) KEARNS GOODWIN, Doris. *No Ordinary Time*. 1994. p. 485.

(8) Este es el tema de HOLMES, Stephen y Cass R. SUNSTEIN. *The Cost of Rights*. 1999.

medida que son caros, los derechos sociales y económicos no son únicos.

Ahora, es posible que tales derechos sean inusualmente costosos -para asegurar (por ejemplo) que todos tengan vivienda, será necesario gastar más que lo que debe ser gastado para asegurar (por ejemplo) que todos se encuentran libres de pesquisas y aprehensiones arbitrarias. Pero cualquier comparación de este tipo es empírica y contingente; la misma no puede ser hecha en una base *a priori*. Podríamos imaginar una sociedad en la cual proteger la propiedad privada tenga un alto costo, pero no cueste tanto asegurar la subsistencia básica. De seguro muchas sociedades no son así; en muchas sociedades, la administración de un sistema social de bienestar es más cara que el manejo de un sistema para proteger los derechos de propiedad. Esta clase de distinción -cuantitativa más que cualitativa en su naturaleza- es probablemente la central.

3. Cronología

3.1. La primera generación de constituyentes y la primera generación de derechos

Para explicar la ausencia de garantías sociales y económicas en la Constitución norteamericana, el punto más natural es el cronológico. La afirmación más sencilla es que la Constitución norteamericana, la Constitución más antigua que existe en el mundo, fue ratificada a finales del siglo XVIII -una época en que las Constituciones simplemente no consideraban incluir las garantías sociales y económicas⁽⁹⁾. Los constituyentes norteamericanos⁽ⁱⁱ⁾ construyeron los derechos tal como se entendían en la tradición británica. Por tanto, nadie sugirió, o siquiera pensó en sugerir, que la Carta de Derechos debería contener una garantía de este tipo. Cuando la Carta fue redactada, la aproximación norteamericana fue enteramente estándar, y por lo tanto la ausencia de derechos sociales y económicos es sencillamente un problema de sincronización. Desde este punto de vista, no hay excepcionalismo norteamericano, y realmente no hay rompecabezas que resolver. Cuando fueron diseñadas las Constituciones modernas, el sentido internacional fue completamente diferente, de ahí perfectamente es posible que los derechos sociales y económicos sean encontrados en las Constituciones de (por ejemplo) Bulgaria, Sudáfrica, Noruega y Rusia. El hecho que una Constitución contenga derechos de

segunda generación puede ser predicho muy adecuadamente tan solo con ver el año de su ratificación. Con respecto a estos derechos en un nivel constitucional, el excepcionalismo norteamericano es un mito y una ilusión.

3.2. La segunda generación al inicio: principio

Destacar el punto cronológico no es sugerir enfáticamente que a los constituyentes norteamericanos no les importaba la gente pobre. Al contrario, algunos de sus escritos sugirieron un fuerte compromiso con los derechos sociales y económicos, aunque no a un nivel constitucional. James Madison, probablemente la voz más influyente en el periodo de la fundación, ofreció el siguiente modo de combatir "la maldad de los partidos": "1. Mediante el establecimiento de la igualdad política entre todos. 2. Negar oportunidades innecesarias para unos pocos; negar el incremento de la desigualdad en la propiedad, por una inmoderada, y especialmente injusta, acumulación de riquezas. 3. Mediante la acción silenciosa de las leyes, las cuales, sin violar los derechos de propiedad, reducen la extrema riqueza a un estado de mediocridad, y elevan la extrema indigencia a un estado de confort"⁽¹⁰⁾. Jefferson, quien no fue un constituyente pero sí una fuerte influencia durante el período de fundación, escribió: "Soy consciente que una división paritaria de la propiedad es impracticable. Por las consecuencias de esta enorme desigualdad, que produce tanta miseria para la mayor parte de la humanidad, los parlamentos no pueden utilizar demasiados dispositivos para subdividir la propiedad, solo cuidando de dejar que las subdivisiones vayan mano a mano con los afectos naturales de la mente humana (...) Otra forma de disminuir silenciosamente la desigualdad de la propiedad, es exceptuar de tributos a todo lo que se encuentre bajo cierto límite, y gravar las porciones más grandes de la propiedad en proporción geométrica de acuerdo a como aumenten. En cualquier país donde haya tierras no cultivadas y pobres sin empleo, es claro que las normas sobre propiedad se han extendido lo suficientemente lejos como para violar el derecho natural. La tierra se da como una reserva común donde el hombre trabaje y viva"⁽¹¹⁾.

Es relevante en este punto que muchos de los pensadores liberales clásicos, lejos de rechazar los derechos sociales y económicos, explícitamente los apoyaron. Recuerde el pedido de Montesquieu, citado al inicio: "Las limosnas dadas a un hombre desnudo en la calle no llenan las obligaciones del Estado, el

(9) Por supuesto, este punto en sí mismo requiere ser explicado. Sin embargo, tal explicación no implicaría al excepcionalismo norteamericano de ningún tipo, lo que es mi inquietud aquí.

(ii) Nota del traductor: Los constituyentes norteamericanos (*framers*) son los líderes políticos que firmaron la Declaración de la Independencia, la Constitución de los Estados Unidos o participaron en la revolución norteamericana como líderes.

(10) MADISON, James. *The Papers of James Madison*. Número 14. 1983. pp. 197 y 198.

(11) JEFFERSON, Thomas. *The Papers of Thomas Jefferson*. Número 8. 1953. pp. 681-683.

cual debe a todos los ciudadanos una subsistencia segura, alimento apropiado, vestimenta adecuada, y un género de vida que no sea contrario a la salud". John Locke, sin duda una gran influencia en el pensamiento político norteamericano, escribió en términos similares: "Como la Justicia da a cada Hombre un Título sobre el producto de su trabajo honesto, y la Adquisición justa de sus Ancestros que descendió hacia él, entonces la Caridad da a cada Hombre un Título sobre la Abundancia de los demás, de modo tal de liberarlo de la necesidad extrema, donde no tenga medios para subsistir".

La descripción cronológica, en resumen, enfatiza que algunos de los constituyentes norteamericanos creían en algún tipo de derechos sociales y económicos, pero agrega que ellos no creían en incluir dichos derechos en una Constitución, por el simple hecho que la constitucionalización de tales derechos era un concepto foráneo para la época. Por supuesto, necesariamente restaría explicar la razón del surgimiento de los derechos de segunda generación -por qué estuvieron ausentes cuando estuvieron ausentes, y por qué aparecieron cuando lo hicieron- pero este surgimiento no constituiría una pregunta sobre el excepcionalismo norteamericano en particular. Sería una pregunta acerca de los cambios en los conceptos sobre derechos constitucionales a través del tiempo.

3.3. Un problema

Indudablemente, la descripción cronológica tiene mucho de cierta. Pero como explicación completa, enfrenta un serio problema: el significado de la Constitución cambia a través del tiempo, y de numerosas formas, la Constitución norteamericana ha ido más allá de la interpretación original de sus autores y ratificadores. El cambio constitucional es en parte una función de las enmiendas constitucionales explícitas, y este es el lugar donde empezar. Después de la Guerra Civil, la Constitución fue de hecho alterada significativamente, y aquí también encontramos que no hay un interés serio en los derechos sociales y económicos. ¿Por qué no? Quizá la misma descripción cronológica también se aplica aquí: a fines del siglo IX, los derechos sociales y económicos generalmente no fueron familiares. Sin embargo, en el periodo del *New Deal* (o más pronto), la Constitución no fue enmendada; no había interés en agregar dichos derechos a la Constitución. ¿Por qué no? En medio de la Gran Sociedad del presidente Johnson, y durante el extendido interés en la pobreza, derecho a la vivienda, y similares que se dio a mediados del siglo XX, Norteamérica no vio debates serios sobre reformas constitucionales. No había una discusión relevante respecto a agregar los derechos

sociales y económicos a la Constitución norteamericana. La descripción cronológica no puede explicar este hecho.

Hay otro problema. El cambio constitucional es a menudo el producto de, no una enmienda constitucional, sino de la interpretación que guía a nuevas interpretaciones de las viejas disposiciones⁽¹²⁾. Aún si la Constitución del siglo XVIII no contenía derechos sociales y económicos, la Constitución norteamericana bien podría haberse interpretado para hacerlo. Consideremos la pregunta sobre si el excepcionalismo norteamericano tiene problemas, respecto a la ausencia de una prohibición a la discriminación por razones de sexo en la Constitución norteamericana. Casi todas las constituciones contemporáneas prohíben explícitamente la discriminación por sexo; ¿por qué la Constitución norteamericana es tan diferente? Una descripción cronológica ofrece parte de la respuesta, pero es ridículamente incompleta. La Enmienda por la Igualdad de Derechos podría haberla ratificado. No lo hizo, ¿por qué no? Parte de la respuesta apunta, no al excepcionalismo norteamericano en el contexto de la igualdad de los sexos, pero sí al cambio en la interpretación judicial de la cláusula de protección igualitaria en el tiempo. Actualmente se entiende que la Constitución norteamericana incluye algo muy similar a una prohibición constitucional a la discriminación por razones de sexo, no debido a la interpretación original de su texto, sino por las nuevas interpretaciones judiciales. Si esto ha sucedido en el contexto de la igualdad de sexos, ¿por qué no ha sucedido también con los derechos sociales y económicos? La descripción cronológica no ofrece respuesta.

4. Desvío: las enmiendas y el *New Deal*

4.1. Dificultades procedimentales

La explicación cronológica puede verse fortalecida mediante el énfasis en un simple hecho: no es fácil reformar la Constitución norteamericana, aun si hay un amplio respaldo a la enmienda. La Constitución prácticamente impide los cambios -no haciéndolos imposibles, pero haciéndolos extremadamente difíciles. El público americano apoyó en términos generales la Enmienda por la Igualdad de Derechos, sin embargo, su aprobación fracasó. Debido a que la Constitución creaba obstáculos reales a las enmiendas, el inmenso respaldo popular no fue suficiente para asegurar la ratificación de la EID. Aun cuando los derechos sociales y económicos ordenen amplio apoyo popular, podrían no encontrar su camino en la Constitución.

Por sí mismo, este punto parece una explicación débil del fracaso en crear derechos sociales y

(12) STRAUSS, David. *Common Law Constitutional Interpretation*. En: *University of Chicago Law Review*. Número 63. 1996. p. 877.

económicos, porque no se hizo un esfuerzo serio para la enmienda. En esas circunstancias, podría parecer que la dificultad en reformar la Constitución explica la situación. Pero la ausencia de un esfuerzo serio para la reforma no debería ser malinterpretado. La verdadera dificultad de reformar la Constitución tiene un fuerte efecto disuasorio, y quizás tal esfuerzo podría haber sido hecho con una estructura constitucional diferente. Debido a que es difícil especular sobre una historia que vaya contra los hechos, tal posibilidad no puede ser descartada. Sin embargo, hay cierto motivo para pensar que aun con un proceso de enmienda más sencillo, la Constitución no habría sido alterada para disponer garantías sociales y económicas.

4.2. Derechos de segunda generación en el *New Deal*

La cuestión puede ser aclarada mediante una referencia a la era del *New Deal*. Este fue el período en el cual los Estados Unidos se dedicaron más a pensar sobre las garantías sociales y económicas - no con miras a una reforma constitucional, sino de una manera seria y tímida. En efecto, el *New Deal* vio una renovación a gran escala de la estructura constitucional norteamericana, equivalente a una segunda revolución norteamericana⁽¹³⁾. La renovación involucró las tres piedras angulares de la mencionada estructura: federalismo, *checks and balances* y derechos individuales. Como es bien sabido, los poderes del gobierno nacional se incrementaron significativamente, y una gran cuota de autoridad se concentró en la presidencia. Lo que es menos conocido es la naturaleza de la renovación del *New Deal* respecto a la interpretación preexistente de los derechos legales. Antes del *New Deal*, la cultura legal norteamericana definía a los "derechos" principalmente en términos del catálogo del Derecho anglosajón (*Common Law*) del siglo XVIII, y por tanto, la libertad de contratación y propiedad privada fueron ilustraciones destacadas de los derechos protegidos de la intervención gubernamental.

Los *New Dealers* creían que el catálogo del *Common Law* incluía demasiado y muy poco a la vez. Una gran parte de su argumento era un esfuerzo para desnaturalizar el *Common Law*. Desde este punto de vista, los derechos de libertad de contratación y propiedad privada dependían de un aparato legal para existir; eran casi naturales, pero resultado de una forma de intervención gubernamental en asuntos privados. Así Roosevelt requirió: "Debemos sostener el hecho que las leyes de la economía no han sido hechas por la naturaleza. Están hechas por seres humanos". Esta afirmación no significaba que la libertad de contratación y

propiedad privada eran malas ideas. Pero sí quiso decir que las mismas debían ser evaluadas pragmáticamente y en términos de qué hacían estas para o a los seres humanos. Y en este recuento, los *New Dealers* apoyaron varios reajustes de los intereses del *Common Law*. El derecho a la protección gubernamental dentro del mercado laboral, por ejemplo, fue protegido de forma insuficiente por el *Common Law*, así como los intereses de los pobres, de los consumidores de alimentos riesgosos y drogas, los ancianos, los comerciantes en los mercados de valores, y las víctimas de prácticas de injustas de comercio.

Este tema básico, el ingrediente central del constitucionalismo del *New Deal*, fue relevante a lo largo de la presidencia de Roosevelt. En su discurso por haber aceptado la nominación de los demócratas para la presidencia, en 1936, por ejemplo, Roosevelt argumentó que aunque los constituyentes norteamericanos estuvieron preocupados únicamente por los derechos políticos, nuevas circunstancias requirieron, asimismo, el reconocimiento de los derechos económicos porque "la libertad no es un asunto a medias". La declaración más dramática de esta noción revisada de derecho llegó con el discurso del presidente Roosevelt del Estado de la Unión de 1944, el cual dispuso la "Segunda Carta de Derechos", citada como epígrafe en este ensayo.

De acuerdo con la propuesta de Roosevelt, vale la pena enfatizar tres puntos. El primero es la verdadera amplitud de los derechos relevantes, incluyendo muchos de los que pueden ser encontrados en la Declaración Universal y en Constituciones contemporáneas. El segundo es la insistencia de Roosevelt en que los derechos pertinentes ya han sido "aceptados" después del *New Deal* -y reflejan el credo oficial de la nación en 1944, por lo tanto no representan innovación alguna. El tercero es que Roosevelt no propuso una reforma constitucional, ni un rol judicial, sino en vez de eso, un esfuerzo por parte del Congreso dirigido a "explorar los medios de implementar esta carta de derechos económicos". En este sentido, debería destacarse que a un nivel estatal, las reformas constitucionales fueron efectivamente ratificadas, apoyando aspectos de la segunda Carta de Derechos como un asunto de derecho constitucional estatal. En efecto, cerca de una docena de estados ahora ofrecen derechos sociales y económicos. La Constitución de Nueva York es ejemplar al respecto: "La ayuda, asistencia, y apoyo a los necesitados son inquietudes públicas y deben ser proporcionadas por el Estado y por cualquiera de sus subdivisiones, y la manera, y por los medios que la legislatura pueda determinar de tiempo en tiempo". La afirmación del

(13) O quizás tercera, si incluimos las enmiendas de la Guerra Civil.

excepcionalismo norteamericano a gran escala como un tema cultural es complicada, no solo por el pedido de Roosevelt por una segunda Carta de Derechos, sino también por la existencia de una innovación constitucional considerable a nivel estatal -actividad que, por cierto, no ha logrado muchas diferencias en términos de la vida actual de la gente pobre.

Sin embargo, para el propósito actual, el punto crucial es que los *New Dealers* no persiguieron la reforma constitucional. Su enfoque al respecto es completamente consistente con su estrategia general, la cual fue evitar las reformas oficiales, y utilizar procesos políticos e interpretaciones constitucionales para moverse en las direcciones que buscaban⁽¹⁴⁾. Parte de las razones para esta estrategia fue la auténtica dificultad para realizar enmiendas constitucionales. Parte de esto fue una gran sospecha respecto del Poder Judicial conservador. Para aquellos interesados en crear una segunda Carta de Derechos, la reforma constitucional no parecía una opción atractiva, en vista del hecho inevitable que cualquier enmienda incrementaría la autoridad de los jueces. El tema está directamente relacionado con la segunda explicación, a la cual me dirigiré ahora.

5. Constituciones como instrumentos pragmáticos

La explicación institucional afirma que en la cultura norteamericana, las Constituciones están vistas como instrumentos pragmáticos - que están hechas para, y no desde el complicado, cumplimiento judicial. Ciertamente es útil, incluso crucial para distinguir entre la concepción pragmática y la aspiracional de las Constituciones. Cuando se presenta una propuesta de disposición constitucional, muchos americanos tienden a preguntar: “¿En los hechos, que hará esta disposición? ¿En la práctica, cómo interpretarán los jueces esta disposición?”.

Estas preguntas jugaron un rol importante en los debates sobre la Enmienda por la Igualdad de Derechos -ayudando a provocar náuseas respecto a la reforma, aun entre aquellos comprometidos con la igualdad de los sexos⁽¹⁵⁾. Sin embargo otras personas, especialmente pero no únicamente en Europa del Este, tendieron a pensar en las Constituciones como literalmente declarativas -como expresión de las más profundas esperanzas y más altas aspiraciones de una nación. Ellos preguntan: “¿En principio, qué valores afirma esta disposición?”. Ellos ven la Constitución como un tipo de declaración, probablemente no entendida para el cumplimiento judicial, y posiblemente no entendida para su cumplimiento en el mundo real. Como una analogía, consideremos la

Declaración de la Independencia o incluso la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual fue debatida y firmada con poca atención en el tema del cumplimiento judicial, que de hecho no fue contemplado. Es importante enfatizar aquí que muchas de las Constituciones que contienen derechos sociales y económicos simplemente los tomaron prestados de la Declaración Universal. Es importante también anotar que hay una duda real acerca de si muchas Constituciones que incluyen los derechos sociales y económicos han hecho alguna diferencia en el mundo real -esto es, hay dudas sobre si estos derechos en realidad lograron la obtención de más dinero, alimento o protección para los pobres.

Si tomamos la aproximación pragmática, probablemente preguntaremos si los derechos sociales y económicos serían una parte apropiada de una Constitución exigible que contenga la importante institución de la revisión judicial. ¿Debería una Constitución crear un “derecho a una remuneración justa y favorable”? ¿A “un estándar de vida adecuado para la salud y el tiempo libre” de la familia, “incluyendo alimentación, vestimenta, vivienda, asistencia médica y servicios sociales necesarios”? ¿Al “descanso y tiempo libre”? ¿Qué querrían decir estas disposiciones, concretamente? ¿Qué significarían en una nación pobre con altos niveles de desempleo, inadecuada asistencia médica y vivienda? ¿Qué significarían, concretamente, en una nación rica como los Estados Unidos o Francia? Si una nación fracasa en proteger los derechos relevantes, ¿los juzgados estarían autorizados a intervenir -como lo hacen usualmente cuando se violan derechos?

Si estas preguntas parecen difíciles de responder, podríamos explicar el excepcionalismo norteamericano en términos institucionales, como una respuesta a la concepción de los derechos constitucionales como instrumentos pragmáticos. Asimismo podríamos explicar la práctica contemporánea de incluir tales derechos, en todo el mundo, como producto de una interpretación por la cual los mismos no signifiquen mucho en la práctica, si es que significan algo. Tales derechos son entendidos como señales, a nivel nacional e internacional, pero no son instrumentos exigibles legalmente. Desde este punto de vista, los americanos no deberían ser escépticos en principio respecto a las garantías sociales y económicas; incluso Ronald Reagan estuvo comprometido con la red de la seguridad social. La fuente real del escepticismo es una descripción de qué clase de documento es realmente una Constitución, y qué género de derechos encajan en un documento de este tipo.

Hay mucho de cierto en esta explicación. Los juzgados americanos se han mostrado reacios a

(14) Véase ACKERMAN, Bruce A. *We the People*. Volumen I. 1995.

(15) Véase MANSBRIDGE, Jane. *Why We Lost the ERA*. 1994.

reconocer los derechos sociales y económicos, en parte por una creencia que la exigibilidad y la protección de tales derechos crearían presión en la capacidad judicial. Los actores políticos, incluso aquellos interesados en ayudar a los pobres, se han mostrado escépticos respecto de la probable efectividad de las disposiciones constitucionales, que podrían ser ignoradas en la práctica. Fuera de los Estados Unidos, algunas naciones, incluidas India y Sudáfrica, han sido alertadas de las dificultades subyacentes, y han limitado fuertemente el estatus constitucional de tales derechos, mediante la reducción de la autoridad judicial. Y como he destacado, los derechos sociales y económicos han servido como aspiraciones, aparentemente sin efectos en el mundo real, en muchas naciones en las cuales han sido reconocidos. Es difícil demostrar que, cuando las naciones tienen más probabilidades de ayudar a los pobres, es porque tienen disposiciones constitucionales exigiendo tal ayuda.

Sin embargo, la cuestión institucional no puede estar fuera de cuadro. La razón es que aquellos que quieren que las Constituciones sean instrumentos pragmáticos, no requieren rechazar la idea de los derechos sociales y económicos. En el mismo Estados Unidos, las Constituciones estatales protegen tales derechos, y algunos juzgados están dispuestos a hacerlos exigibles, al menos en cierto grado⁽¹⁶⁾. En Sudáfrica, han sido dados los primeros pasos, no hacia un “cuidadoso descuido judicial” del sistema de bienestar social, y no para asegurar que todos tendrán protección adecuada y alimento, pero sí para certificar que al menos, el gobierno creará “programas” que asegurarán la atención mínima de las necesidades básicas⁽¹⁷⁾. Sin duda, es correcto decir que los derechos sociales y económicos podrían presionar la capacidad judicial. Ciertamente ningún juzgado, ya sea en naciones pobres o ricas, va a ser capaz de asegurar que todos tengan alimentación adecuada, vestimenta, asistencia médica, y vivienda⁽¹⁸⁾. Pero aquellos que están comprometidos con tales derechos, en principio, bien podrían pedir que los juzgados den pasos destinados a asegurar que las necesidades básicas reciban un grado de prioridad legislativa, y que el descuido exagerado sea corregido. Como resultado, la explicación institucional tiene un serio defecto.

6. La explicación cultural

Ahora me referiré a lo que puede ser la explicación más tentadora, una que señala al excepcionalismo

americano en general. El socialismo nunca ha sido una fuerza poderosa dentro de los Estados Unidos. Se dice que América es excepcional porque “no sucedió aquí”⁽¹⁹⁾. Nunca hubo un esfuerzo enérgico para mover a los Estados Unidos en dirección al socialismo o la democracia social. Desde este punto de vista, la ausencia de derechos sociales y económicos tiene explicación en términos de políticas norteamericanas, o incluso de su cultura. Ningún grupo que pudo haber estado interesado en tales derechos fue lo suficientemente fuerte para obtenerlos. En el debate sobre la Declaración Universal, las naciones socialistas y comunistas fueron las más entusiastas en relación a las garantías sociales y económicas, mientras que las naciones capitalistas fueron más escépticas. Quizás esto, en una palabra, es la mejor explicación para el fracaso de la Constitución norteamericana en incluir estos derechos. El contenido de la Constitución es un artefacto político, y la política norteamericana es simplemente diferente.

Existe de hecho una gran cantidad de literatura sobre el excepcionalismo americano en general, con muchas opiniones que compiten entre sí. Algunos sugieren que los trabajadores americanos han tenido, o han pensado que tienen, un alto grado de movilidad hacia arriba, callando la insatisfacción frente a cualquier *status quo* particular. Otros han sugerido que el feudalismo es un precursor necesario del socialismo, y como en América no hubo un pasado feudal, el socialismo iba a fracasar inevitablemente. Otros sugieren que el sistema electoral americano, con dos partidos dominantes y *checks and balances* elaborados, hizo fracasar los esfuerzos socialistas en el período en que tuvieron éxito en otros lugares. Incluso otros sugieren que los grupos privados de poder fueron rápidos al suprimir los movimientos socialistas en cualquier momento en que amenazaron ser efectivos. Para el presente propósito, es innecesario escoger entre estas explicaciones que compiten. Lo que importa es la debilidad subyacente del socialismo en los Estados Unidos.

Hay mucho de cierto en la explicación cultural: la existencia de los derechos sociales y económicos, dentro de la Constitución de una nación, tiene un fuerte correlato⁽²⁰⁾ con el poder de los elementos socialistas o de izquierda dentro de dicha nación. En América, un movimiento socialista fuerte podría haber buscado una reforma constitucional o, en vez de eso, conducir a cambios políticos que hubieran producido interpretaciones novedosas. Como veremos, un orden político más de izquierda hubiera producido

(16) Véase *Tucker v. Toia*.

(17) Véase GROOTBOM.

(18) Compare los derechos de primera generación, que no son muy diferentes en este punto. La Cuarta Enmienda, por ejemplo, es violada todos los días.

(19) Véase LIPSET; FONER.

(20) Pero lejos de ser perfecto.

una Corte Suprema más de izquierda, y tal tipo de corte probablemente habría interpretado la Constitución para reconocer a los derechos sociales y económicos (ver más abajo). Por este motivo, es correcto afirmar que para entender la ausencia de tales garantías del Derecho Constitucional americano, es útil hacer alguna mención sobre la ausencia de un movimiento socialista significativo en los Estados Unidos. Sin embargo, como una descripción total de la situación, la explicación cultural es evidentemente inadecuada. El motivo es que un movimiento socialista fuerte no es una condición necesaria ni suficiente para los derechos sociales y económicos. Es fácil imaginar una nación en que tal corriente exista, pero que no piensa que sea útil insistir en disposiciones constitucionales de tal tipo. Consideremos los casos de Canadá, Israel e Inglaterra, tres naciones con un fuerte movimiento socialista pero sin derechos sociales y económicos.

También es sencillo imaginar una nación sin una tendencia socialista fuerte, pero con un considerable entusiasmo por los derechos sociales y económicos. Ciertamente, varias de estas naciones existen. Franklin Delano Roosevelt no era socialista, él creía fuertemente en las instituciones capitalistas, pero estaba comprometido con la "libertad para querer", y como se ha visto, buscó protección del Congreso para esta forma de libertad. Es fácil imaginar a un FDR un tanto diferente, uno que tuvo el mismo conjunto de creencias significativas, pero que también creía que la ruta constitucional era la correcta a tomar. ¿Por qué ese FDR no fue el FDR americano? La razón no subyace en la ausencia de una corriente socialista fuerte en los Estados Unidos. Si un presidente norteamericano pudo estar comprometido con una segunda Carta de Derechos para su promulgación legislativa, pudo también estar comprometido con una segunda Carta de Derechos en un nivel constitucional. La ausencia de un interés norteamericano significativo en la constitucionalización no solo es por la cultura. Debe incluir, como mínimo, los puntos institucionales mencionados más arriba.

7. La explicación realista

He resaltado que el significado de la Constitución norteamericana cambia debido a nuevas interpretaciones. Si la Constitución significara, en todos los aspectos, lo que originalmente quería decir, los derechos constitucionales norteamericanos serían realmente escasos. Muchas de las disposiciones claves para proteger los derechos, ahora significan más de lo que originalmente representaban. Por ejemplo, ninguna disposición de

la Constitución prohíbe al gobierno nacional la discriminación por motivos de raza; sin embargo la Quinta Enmienda, al evitar denegatorias de libertad sin el debido proceso, ahora prohíbe la discriminación racial a nivel nacional. La mejor lectura de la historia es que la Primera Enmienda permitió al Congreso regular una considerable libertad de expresión; la interpretación judicial, especialmente a finales del siglo XX, ha llevado a un principio de libertad de expresión más fuerte, más allá de cualquier cosa imaginada por los autores y ratificadores de la Primera Enmienda. He mencionado que la Enmienda Catorce, cuando fue ratificada originalmente, no prohibía la discriminación por sexo totalmente, pero actualmente se entiende que la Constitución norteamericana prohíbe muchas formas de discriminación por sexo, y que contiene efectivamente una prohibición más sólida que la que puede ser encontrada en muchas de las Constituciones que contienen prohibiciones explícitas respecto a la discriminación por sexo. Si la Constitución norteamericana significara lo que originalmente representaba, la nación tendría mucho que explicar -y la ausencia de derechos sociales y económicos sería una de las formas menos llamativas del excepcionalismo americano a nivel constitucional. Aquí hay una hipótesis: una interpretación de la Enmienda Catorce que exigiera derechos sociales y económicos no sería, de hecho, ir más allá del documento de lo que muchas interpretaciones hoy dadas por hecho actualmente en el derecho constitucional norteamericano. No puedo defender esta hipótesis aquí; para hacer eso, sería necesaria una larga mención sobre lo que la interpretación constitucional conlleva. Sin embargo, creo que estoy construyendo interpretaciones convencionales.

Todo esto es relativamente abstracto. La explicación realista para la práctica norteamericana es más concreta. Destaca que el Derecho Constitucional norteamericano es, en un grado considerable, una forma de *Common Law*⁽²¹⁾, basado en un razonamiento análogo. Sugiere que el Derecho Constitucional norteamericano fácilmente podría haber reconocido los derechos sociales y económicos. Asimismo, indica que el acontecimiento crucial fue la elección del presidente Nixon en 1968, la cual produjo cuatro nombramientos en la Corte Suprema, que condujeron a una cantidad crítica de fallos dispuestos a rechazar el reclamo respecto a que los derechos sociales y económicos fueran parte de la Constitución. Así descrita, la explicación realista me parece totalmente correcta.

Para entender este punto, es necesario observar que hubo un esfuerzo serio y parcialmente exitoso,

(21) Véase STRAUSS. *Op. cit.*

en los años sesenta y setenta, para interpretar la Constitución de forma que se crearan las garantías sociales y económicas. En algunos de estos casos, la Corte fue lo suficientemente lejos para sostener que el gobierno debe subsidiar a los pobres en ciertos aspectos. En *Griffin v. Illinois*⁽²²⁾, por ejemplo, la Corte sostuvo que la cláusula de protección igualitaria requiere que los estados dispongan transcripciones de los juicios o su equivalente para que la gente pobre impugne una condena penal. En *Douglas v. California*⁽²³⁾, la Corte extendió su fallo, concluyendo que debía asignarse un abogado a los indigentes en su primera apelación de una condena penal. Cuando la Corte suprimió el impuesto a las elecciones⁽²⁴⁾, estableció efectivamente que los estados deben proporcionar el voto gratis -aun cuando es caro llevar a cabo una elección.

Estas decisiones reconocen enfáticamente los derechos sociales y económicos; afirman que el gobierno debe proporcionar asistencia financiera a los pobres en ciertos aspectos. Por este motivo, es demasiado simple decir que la Constitución norteamericana no está entendida para crear derechos sociales y económicos. No obstante, el alcance de estas decisiones está limitado a los contextos en que la pobreza interactúa con los intereses que parecen parte de la ciudadanía (los derechos a votar e impugnar una condena penal). En otros casos, sin embargo, la Corte fue más lejos. En *Shapiro v. Thompson*⁽²⁵⁾, la Corte sostuvo que el estado de California no podía, en concordancia con la Constitución, imponer un periodo de espera de seis meses antes que los recién llegados al estado pudieran recibir beneficios sociales. La Corte dependía del derecho constitucional al libre tránsito, pero también habló de las necesidades especiales de la gente, enfrentándose al hecho que California deniega “ayuda mediante subsidios de los cuales pueda depender la habilidad de las familias para obtener sus medios de subsistencia -alimento, protección, y otras necesidades vitales”. Si el derecho al libre tránsito fuera el único involucrado, esta sugerencia parecería un despropósito.

Ciertamente, la Corte llegó a dar protección procedimental a los beneficios sociales, en el sentido importante que bajo la cláusula del debido proceso, el gobierno no puede retirar estos beneficios sin dar a las personas la oportunidad de ser escuchados⁽²⁶⁾. En su decisión inicial, la Corte destacó la naturaleza particular de los beneficios sociales: “Los subsidios

estatales, por los cuales reuniendo las demandas básicas de subsistencia, se puede ayudar a traer al alcance de los pobres las mismas oportunidades que están a disposición de otros, a participar significativamente en la vida de la comunidad. La asistencia (pública), por lo tanto, no es meramente un acto de caridad, pero sí un medio de ‘promover el Bienestar general, y asegurarnos las Bendiciones de la Libertad y nuestra Posteridad’”. Con su referencia que atacaba la misma Constitución, la Corte pareció señalar su buena disposición a considerar la posibilidad que algunas disposiciones constitucionales concederían un derecho a la subsistencia para aquellos que lo necesitan. De hecho, prominentes escritos académicos sugieren que la Corte estaba moviéndose en dicha dirección⁽²⁷⁾.

En 1970, no estaba muy claro si la Corte finalmente reconocería un conjunto fuerte de derechos sociales y económicos. En retrospectiva, el acontecimiento crucial fue la elección del presidente Nixon en 1968, y sus cuatro nombramientos para la Corte: Warren Burger en 1969, Harry Blackmun en 1970, así como Lewis Powell y William Rehnquist en 1972. Estas personas designadas se mostraron decididas en una serie de fallos, emitidos en una rápida sucesión, a limitar el alcance de las decisiones de la Corte de Warren, y finalmente aclararon que los derechos sociales y económicos no tienen estatus constitucional fuera de ciertos dominios restringidos. Durante el periodo entre 1970 a 1973, la Corte detuvo el desarrollo emergente. Aquí se presenta un resumen breve.

En *Dandridge v. Williams*⁽²⁸⁾, la Corte rechazó una objeción constitucional de una norma estatal que impuso un límite superior al tamaño de las subvenciones bajo su programa de beneficios, independientemente del tamaño de la familia. La Corte reconoció que están involucradas necesidades urgentes, pero encontró el hecho constitucionalmente irrelevante, y lo dijo así explícitamente. En *Lindsay v. Normet*⁽²⁹⁾, la Corte defendió un juicio estatal sumario de desalojo. El demandante reclamaba que la “necesidad de un refugio decente” y el “derecho a conservar la posesión pacífica del propio hogar” eran intereses fundamentales bajo la Constitución, sujetos a interferencia únicamente después de una fuerte exhibición de justificación compensatoria del gobierno. La Corte rechazó el argumento, señalando que “la Constitución no dispone remedios judiciales

(22) 351 US 12 (1956).

(23) 372 US 353 (1963).

(24) *Harper v. Virginia Bd. of Elections*, 383 U.S. 663 (1966).

(25) 394 U.S. 618 (1969).

(26) *Goldberg v. Kelly*.

(27) Véase MICHELMAN, Frank. *On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment*.

(28) 397 US 471 (1970).

(29) 405 US 56 (1972).

para todos los problemas sociales y económicos. No podemos percibir en dicho documento una garantía constitucional de acceso a vivienda de una calidad particular³⁰. El vocal Powell escribió sobre la decisión dirimente en una mayoría de 5 a 4 en el caso del colegio distrital de *San Antonio v. Rodríguez*⁽³⁰⁾, el cual confirmó una objeción constitucional al financiamiento local de las escuelas públicas, aun cuando dicho financiamiento producía amplias diferencias intraestatales en los gastos por alumno. La larga opinión del vocal Powell interpretó los casos previos de una forma sumamente cerrada, de tal manera que comprendía la privación absoluta de los intereses protegidos constitucionalmente. *Rodríguez* fue ciertamente una señal mortal para los derechos sociales y económicos en los Estados Unidos.

Esta perspectiva debería ser suficiente para mostrar que el breve período entre 1970 y 1973 jugó un rol crucial y poco apreciado en la jurisprudencia norteamericana. Los candidatos de Nixon rechazaron lo que parecía ser una tendencia emergente a reconocer un conjunto bien constituido de derechos sociales y económicos. No puede haber serias dudas que los nominados de Humphrey habrían visto las cosas de forma muy diferente. De hecho, no podemos saber lo que la Corte Suprema hubiera dicho en última instancia, ni podemos saber si una corte de Humphrey hubiera mejorado la vida de los pobres. Pero no me parece muy arriesgado sugerir que si Humphrey hubiera sido elegido, los derechos sociales y económicos, al estilo norteamericano, hubieran sostenido la misma relación de tales derechos en otras Constituciones, como la igualdad entre los sexos, al estilo americano, tiene con la igualdad de sexos en otras Constituciones: poca o ninguna diferencia en significado, no obstante la diferencia substancial en el texto constitucional.

8. Conclusiones

¿Por qué la Constitución norteamericana carece de derechos sociales y económicos? La explicación cronológica contiene algo de verdad; a finales del siglo XVIII, tales derechos simplemente no estaban en el panorama para los que elaboraron la Constitución. Sin embargo, la explicación cronológica falla por la sencilla razón que la interpretación de la Constitución cambia a través del tiempo, y la cronología por sí misma no explica el hecho que las diversas reformas constitucionales no incluyen el reconocimiento de los derechos sociales y económicos.

La explicación institucional llama propiamente la atención sobre el hecho que muchos autores de

documentos y Constituciones internacionales no piensan mucho acerca de la cuestión de exigibilidad, y en vez de eso intentan exponer metas o aspiraciones. El constitucionalismo norteamericano generalmente ha evitado esta estrategia, y se ha emprendido el diseño constitucional, incluyendo sobretodo la interpretación constitucional, con referencia cercana al cumplimiento judicial. El problema con la explicación institucional es que los derechos sociales y económicos pueden, de hecho, coexistir con el cumplimiento judicial. Aquí hay dificultades, pero no son insuperables.

Es tentador pensar que el estatus constitucional de los derechos sociales y económicos es una función del poder, en la nación relevante, de los movimientos socialistas o de la democracia social. Hasta cierto punto esto es verdad, casi un "cliché". Sin embargo, es casi imposible de creer en una economía de mercado de forma entusiasta, y creer a la vez en la obligación de asegurar condiciones decorosas para todos. Los constituyentes norteamericanos difícilmente fueron socialistas, pero Madison, el constituyente más importante de todos, destacó la necesidad de normas que "llevaran la extrema indigencia a un estado de confort". Los *New Dealers* difícilmente fueron socialistas pero Franklin Delano Roosevelt apoyó una segunda Carta de Derechos, que se asemeja a la regulación más amplia de los derechos sociales y económicos en documentos internacionales y Constituciones modernas. Muchos conservadores norteamericanos, entusiastas del libre mercado, han apoyado la idea de una red de seguridad social para todos. Por dichas razones, resulta muy rudimentario invocar el excepcionalismo norteamericano como explicación de la ausencia de derechos sociales y económicos en la Constitución norteamericana.

La explicación realista llama la atención al hecho poco valorado que la Corte Suprema de los Estados Unidos estuvo muy cerca, en los años sesenta y setenta, de reconocer los derechos sociales y económicos bajo la Constitución. Un paso de este tipo no habría sido fundamentalmente diferente respecto de lo que la Corte efectivamente hizo en el siglo XX. ¿Por qué la Corte se rehusó a reconocer estos derechos? Una gran parte de la respuesta radica en la elección presidencial de 1968, y en particular de cuatro nombramientos críticos del presidente Nixon: el presidente de la Corte Suprema Warren Burger y los vocales Blackmun, Powell y Rehnquist. En un breve período a inicios de los años setenta, la Corte, guiada por estas personas, eliminó las bases de un movimiento emergente. Sugiero que esto es la fuente real del excepcionalismo americano en el campo de los derechos sociales y económicos. ³¹

(30) 411 US 1 (1973).