
Capítulo II. Panorama de derecho comparado

los derechos sociales, también en sede europea, donde se toman desde hace ya tiempo la mayor parte de las decisiones fundamentales sobre política económica y financiera de los países europeos.

La escasez de los recursos reclama, además, una rigurosa racionalización de su empleo. La cultura de la autonomía y la subsidiariedad ha pretendido la apertura de los sistemas de protección de los derechos sociales también a los entes territoriales (que, para ciertos aspectos, habían adquirido ya un firme control sobre la materia no inferior al del Estado) y a los sujetos privados (cuya contribución a la ejecución de los sistemas de protección era y es contemplado por parte de las mismas normas constitucionales).

2. ALEMANIA*

2.1. CONSTITUCIÓN

Es frecuente leer en la doctrina alemana que la Constitución alemana vigente no reconoce expresamente los derechos sociales como fundamentales. En contraste con la situación actual, la Constitución imperial de Weimar, texto concebido por el Secretario de Estado Preuß, y que tenía mayor unidad sistemática que la Constitución imperial de 1871, contenía un apartado muy extenso relativo a derechos fundamentales, que incluía derechos fundamentales de carácter social¹⁰¹.

Sin duda, fue precisamente una raíz histórica la que llevó a los constituyentes alemanes a evitar la inclusión de los derechos sociales en la Ley Fundamental de Bonn (LFB): no se querían repetir los errores de Weimar y, en este caso, se entendía que la excesiva atención a la política social, entendiéndola como generadora de derechos de prestación de los ciudadanos frente al Estado, debía evitarse¹⁰². Este punto de partida ha influido también notablemente, como veremos, en la doctrina alemana y, en parte, en la jurisprudencia constitucional.

Como ocurre en otros países, los derechos sociales se encuentran íntimamente unidos al Estado social de derecho, aunque en un sentido unidireccional: donde existen derechos sociales es evidente que existe Estado social. Sin embargo, no siempre puede decirse lo contrario, es decir, que la afirmación del principio del Estado social puede no comportar necesariamente la existencia de los derechos sociales, como demuestra la LFB, en la cual se encuen-

* POR CARLOS VIDAL PRADO.

101. SCHNEIDER, 2003, § 5, número marginal 32 y ss.

102. STERN, 2004, p. 38, número marginal 72.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tra positivizado el principio de *Sozialstaat* (arts. 20.1, 23.1, 28.1) y sin embargo no encontramos positivizados los derechos sociales. Esta ausencia ha sido debatida por mucho tiempo por parte de la doctrina alemana¹⁰³.

La Constitución alemana, por lo tanto, sí dispone que los poderes públicos deben respetar en sus actuaciones el principio de Estado Social proclamado en los artículos 20.1 y 28 LFB. El artículo 20.1 establece que «La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social» y el 28 es el que prevé que cada uno de los Estados miembros de la Federación tendrá su propia Constitución, y que «el ordenamiento constitucional de los *Länder* ha de conformarse a los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social tal y como lo define la presente Ley Fundamental». Las actuaciones de los poderes públicos deben adecuarse, por tanto, al principio de Estado social.

Junto a ello no debemos olvidar que, en el pórtico de la LFB (art. 1.1) se subraya la necesidad de respetar la dignidad de la persona humana («La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público»). De esta declaración de principio cabe deducir el derecho a un mínimo existencial que garantice esta dignidad, como se ha defendido por algunos autores¹⁰⁴.

Además, aunque no se les denomine de modo expreso derechos sociales fundamentales, sí que se recogen, entre los llamados derechos fundamentales del Título I, algunos de los que se consideran derechos sociales. Así, por ejemplo, el derecho de huelga, el derecho a la protección de la familia, a la especial protección de las madres y el derecho a un medio ambiente saludable. En la mayoría de los casos nos encontramos ante los que la doctrina llama *Leistungsrechte* (derechos de prestación). A su vez, éstos se dividirían en tres tipos: los derechos de protección (*Schutzrechte*), los derechos de defensa (*Verfahrenrechte*) y las garantías institucionales (*Einrichtungsgarantie*)¹⁰⁵.

En todo caso, gran parte de la doctrina alemana entiende que, puesto que en la Constitución alemana no existe una concreta regulación y reconocimiento de la mayoría de los derechos sociales fundamentales, éstos se encuentran incluidos, en sentido amplio, dentro del principio general del Estado social¹⁰⁶. La consecuencia de esta tesis es que, al no verse expresamente recogidos en la Norma Suprema, los derechos sociales se verían desplazados

103. ISENSEE, 1980.

104. MARTÍNEZ SORIA, 2005, pp. 644 y ss. e *infra*, III, 2.1.

105. EPPING, 2004, p. 7 (número marginal 18). Puede verse también BOROWSKI, 2002, pp. 301 y ss.; LINDNER, 2005, pp. 450 y ss.

106. KITTNER y SCHIEK, 2001, número marginal 64.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

a una regulación que se desarrolla en simples leyes, y las garantías de estos derechos quedarían sustancialmente reducidas a las proporcionadas por las leyes ordinarias y no por la LFB. Como veremos, esta posición no es unánime.

El principio del Estado social sería, de este modo, para la mayor parte de la doctrina alemana, un concepto superior que engloba a cada uno los derechos sociales¹⁰⁷. Lo que hemos considerado principal inconveniente de esta tesis (que no se enumeran en la Constitución los concretos derechos sociales, y deben ser regulados por leyes singulares) es visto por algunos, sin embargo, es un sentido más positivo: esta situación ofrece también la ventaja de que el procedimiento legislativo es más ágil y permite atender con mayor rapidez las concretas necesidades que surgen en el ámbito de los derechos sociales.

La decisión esencial del constituyente alemán pesa, sin duda, en esta lectura de la Constitución, tal y como recuerda STERN. Sólo se quiso incluir el catálogo de los clásicos derechos fundamentales de libertad, y expresamente se optó por no incluir en la Constitución los derechos sociales. La dimensión social del Estado debía sólo recogerse al proclamar el principio de Estado Social (art. 20.1) y de Estado Social de Derecho (art. 28.1). Según este autor, los fundamentos de esta postura se discutieron mucho en el Consejo Parlamentario que elaboró la LFB. El debate fue tan rico como el que se ha vuelto a producir en los últimos tiempos en Alemania¹⁰⁸, especialmente a finales de los setenta e inicios de los ochenta. No se trata, según STERN, de discutir que los derechos sociales deben ser respetados. La cuestión es ver cuáles de ellos son inviolables en el sentido de recibir una especial protección constitucional (algo parecido a lo dispuesto en el art. 2 CI, como hemos visto), es decir, tienen un grado de protección máximo, y están en conexión directa con el principio del Estado Social (art. 20.1¹⁰⁹) y la cláusula de intangibilidad recogida en el artículo 79.3¹¹⁰ LFB.

En este sentido, sólo el artículo 6, en sus apartados 4 («Las madres tienen derecho a disfrutar de protección y asistencia de parte de la comuni-

107. Esta idea es también suscrita por los defensores de los derechos sociales como fundamentales. P. ej., HÄBERLE, 2002, pp. 162 y ss.

108. LÜCKE, 1982; WAHL, 1987; GRAF VITZTHUM, 1991, pp. 695 y ss.; OSSENBÜHL, 1992, pp. 468 y ss., esp. p. 474; ZIPPELIUS, 1992, pp. 289 y ss., esp. p. 292. Además, puede consultarse la bibliografía citada en HERNEKAMP, 1976, pp. 235 y ss.

109. Art. 20.1: «La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social».

110. Art. 79.3: «No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la organización de la Federación en *Länder*, o al principio de participación de los *Länder* en la legislación o a los principios enunciados en los artículos 1 y 20».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

dad») y 5 («A los hijos habidos fuera de matrimonio la ley les deberá procurar iguales condiciones de desarrollo físico y psíquico que a los nacidos dentro de matrimonio y asegurarles una igual posición social»), así como el 14.2 (el uso de la propiedad «deberá servir al bienestar general») estarían en directa conexión con el principio del Estado Social. Además, podría considerarse que el artículo 1.1 está también en relación con el Estado Social, al exigir un mínimo existencial para cualquier persona como consecuencia de su dignidad.

Otra diferencia importante derivada de la consideración de los derechos sociales como fundamentales es la posibilidad o no de ser reformados constitucionalmente. Los que están expresamente reconocidos en los arts. 1 a 19 no pueden ser reformados, por la cláusula de intangibilidad del artículo 79.3 LFB. Sin embargo, si entendemos que los derechos sociales derivan directamente de algunos preceptos concretos en los que se garantizan derechos fundamentales, por estar directamente relacionados con el principio del Estado Social, podrían entrar dentro del ámbito de protección del artículo 79.2, y podrían ser por tanto objeto de reforma constitucional. No son, en cualquier caso, todo el catálogo completo de Derechos fundamentales, desde el artículo 2 al 19, sino solamente, en principio, los citados más arriba.

La posición de STERN coincide con la de los constituyentes, y con la de la mayoría de la doctrina alemana: rechazan, en principio, la posibilidad de considerar los derechos sociales como derechos fundamentales. Autores como STARCK son de los más relevantes de este grupo. Sin embargo, como veremos en el siguiente apartado, existe un sector doctrinal alemán que, apoyándose en la jurisprudencia constitucional, defiende la consideración de los derechos sociales como fundamentales. Y, en todo caso, todos estarían de acuerdo en que existe un contenido mínimo justiciable.

2.2. DOCTRINA Y DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

2.2.1. Los principios relativos a los derechos sociales recogidos en la LFB

En la *Grundgesetz* identificamos algunos de los principios relacionados directamente con la protección constitucional de los derechos sociales: en primer lugar, el de dignidad de la persona humana, que informa el resto del ordenamiento jurídico (art. 1.1 LFB: «La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público»); como es conocido, la protección de la dignidad es el fundamento del reconocimiento de los derechos fundamentales protegidos por la LFB. En segundo lugar, el del Estado social (art. 20.1 LFB: «La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social»), tal y como hemos visto, uno de los preceptos

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

objeto de máxima protección, pues está afectado por la cláusula de intangibilidad del artículo 79.3 LFB y vincula estrechamente a los poderes públicos, tanto a la hora de legislar como a la de llevar a cabo sus actuaciones. Por último, el de igualdad (art. 2). Se reconoce el principio de igualdad, tanto en sentido material (art. 2.2) como formal (art. 2.1)¹¹¹.

A partir de estos principios podría ya sostenerse que es posible construir algunos derechos sociales, pero lo que habrá que determinar es si éstos pueden o no ser considerados fundamentales. Es lo que trataremos de ver en el siguiente apartado.

2.2.2. Los derechos sociales reconocidos en la Ley Fundamental de Bonn

Aunque, como hemos dicho, el catálogo de derechos recogido en los primeros artículos de la Constitución alemana responde al de las libertades clásicas y tradicionales, también se recogen entre ellas algunos de los derechos considerados como sociales, teniendo en cuenta fundamentalmente el criterio de los derechos recogidos en el PIDESC. Así, por ejemplo, el artículo 6 LFB, que recoge una serie de derechos de la familia, de los padres e hijos, reconoce en su apartado que «Las madres tienen derecho a disfrutar de protección y asistencia de parte de la comunidad». El fundamento de este precepto radicaba en que los autores de la Ley Fundamental querían evitar que dicha protección dependiese de los hipotéticos cambios en las condiciones económicas y sociales. Como hemos visto, STERN consideraba también el apartado 5 de este artículo como dentro de los derechos sociales fundamentales: «A los hijos habidos fuera de matrimonio la ley les deberá procurar iguales condiciones de desarrollo físico y psíquico que a los nacidos dentro de matrimonio y asegurarles una igual posición social».

Otro precepto que debe considerarse dentro de los derechos sociales fundamentales es el artículo 14.2, que se refiere a los límites al derecho a la propiedad como consecuencia del interés general de la sociedad: «La propiedad obliga. Su uso deberá servir al bienestar general». El artículo 15, además, establece las condiciones de socialización de los bienes¹¹². Además, no pode-

111. Art. 3 [Igualdad ante la ley]: «1. Todas las personas son iguales ante la ley. 2. Los hombres y las mujeres tienen los mismos derechos. El Estado fomenta la realización práctica de la igualdad de derechos de mujeres y hombres y actúa en orden a la remoción de las situaciones de desventaja existentes. 3. A nadie se podrá perjudicar o beneficiar por razón de su sexo, su origen familiar, su lengua, su procedencia nacional, su credo o de sus ideas religiosas o políticas. Las minusvalías no podrán constituir causa de discriminación para nadie».

112. «Por medio de una ley que fije el modo y el monto de la compensación, y siempre que ello atienda a fines de socialización, las tierras, las riquezas naturales y los medios de producción podrán ser puestas en propiedad común o en cualquier otra forma de economía colectiva. Lo relativo a la compensación se atenderá a lo establecido en los incisos tercero y cuarto del apartado tercero del artículo 14».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mos olvidar el artículo 9.3, que además de la libertad sindical, reconoce el derecho de huelga¹¹³.

Aunque no estén considerados por una buena parte de la doctrina alemana como derechos de naturaleza social, sí encontramos algunos otros (de los habitualmente considerados como derechos sociales en el resto de Europa) en la LFB. Si seguimos el catálogo del PIDESC, el derecho a la educación se encuentra también recogido en la Constitución alemana, aunque no parece que se formule tanto como un derecho social, sino más bien como garantía de la libertad de creación de centros. Expresamente, la doctrina alemana mayoritaria (y así se puede constatar en los principales manuales de Derechos fundamentales publicados en Alemania) no lo considera entre los derechos sociales, sino entre los de libertad. Pero no cabe duda de que, en un Estado Social, la educación tiene también una dimensión prestacional¹¹⁴.

En relación con la educación, es interesante abordar la consideración de los derechos culturales. La doctrina alemana mayoritaria, considera también como fundamentales los derechos culturales, como asimismo ocurre en muchas constituciones de los *Länder*. Pero la cuestión es que lo que entienden por derechos culturales fundamentales son la libertad de creación artística y de investigación científica (*Kunst- y Wissenschaftsfreiheit*), así como la libertad de prensa y comunicación (*Presse- y Rundfunkfreiheit*). Es decir, los derechos de libertad, no derechos de prestación de servicios sociales relacionados con este ámbito.

-
113. «Se garantiza a toda persona y a todas las profesiones el derecho de fundar asociaciones para defender y mejorar las condiciones económicas y de trabajo. Los convenios que restrinjan o tiendan a obstaculizar este derecho serán nulos, e ilegales las medidas que se adopten con este fin. Las medidas que se adopten en virtud de los artículos 12.a), 35 apartado 2 y 3, 87.a) apartado 4 y 91 no podrán dirigirse contra los conflictos laborales organizados por asociaciones en el sentido de la primera frase del presente apartado con fines de salvaguardia y promoción de las condiciones económicas y de trabajo».
114. Art. 7 [Enseñanza]: «1. El sistema escolar en su conjunto se encuentra bajo la inspección del Estado [...] 4. Se garantiza el derecho a la creación de escuelas privadas. Las escuelas privadas que sean sustitutorias de centros públicos deberán contar con la autorización del Estado y ajustarse a la legislación de los *Länder*. Se deberá otorgar la autorización siempre que las escuelas privadas no se encuentren por debajo de las escuelas públicas en sus objetivos educativos, en sus instalaciones así como en lo que a la capacitación de su personal docente se refiere y siempre que no suponga una marginación de los niños por razón de las circunstancias de sus padres. Se deberá denegar la licencia siempre que no esté suficientemente asegurada la posición económica y jurídica del personal docente. 5. Sólo se podrá autorizar la creación de una escuela elemental si la administración educativa aprecia la existencia de un interés pedagógico especial o a petición de los responsables de la educación de los niños, cuando se trata de crear una escuela comunitaria, confesional o ideológica y en el municipio no exista una escuela pública de esa clase».

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

Se reconoce también en la LFB el derecho al trabajo, en el artículo 12.1: «Todos los alemanes tienen el derecho de escoger libremente su profesión y oficio, su puesto de trabajo y el lugar donde formarse profesionalmente. El ejercicio de la profesión u oficio sólo se podrá limitar por ley o sobre la base de una ley»¹¹⁵. También algunos aspectos que tienen relación con el derecho al trabajo, como es la libertad de sindicación o de asociarse para defender los intereses profesionales, se recogen en la LFB (art. 9). Pero nos hallamos de nuevo ante una consideración del derecho al trabajo desde el punto de vista de su naturaleza de libertad, y no contemplando la categoría social de tal derecho¹¹⁶. La propia denominación con la que se conoce este derecho en Alemania (*Berufsfreiheit*, libertad de profesión) pone de relieve cuál es la consideración con la que lo toma la doctrina y la jurisprudencia¹¹⁷.

El derecho a un mínimo vital se encuentra garantizado, según la doctrina alemana, por los artículos 1 y 2 LFB, que garantiza un mínimo existencial, si se ponen en conexión con el principio del Estado social del artículo 20¹¹⁸. Existe por tanto la obligación del Estado de prestar asistencia a los ciudadanos que se encuentren en situaciones de necesidad, y éstos tienen frente a la organización estatal un derecho subjetivo de prestación para garantizar un mínimo existencial, es decir, las necesidades básicas¹¹⁹. Así lo ha reconocido, como hemos señalado, el Tribunal Constitucional Federal alemán¹²⁰.

115. Art. 12: «1. Todos los alemanes tienen el derecho de escoger libremente su profesión y oficio, su puesto de trabajo y el lugar donde formarse profesionalmente. El ejercicio de la profesión u oficio sólo se podrá limitar por ley o sobre la base de una ley. 2. A nadie se le podrá obligar a desarrollar un determinado trabajo, salvo en el marco de un deber de realizar determinadas prestaciones personales habituales en términos generales e iguales para todos. 3. El trabajo forzoso sólo se podrá dar en el marco de una privación de libertad ordenada judicialmente».

116. Art. 9: «3. Se garantiza a todos y en relación con todas las profesiones y oficios el derecho a constituir asociaciones cuya finalidad consista en la preservación y el fomento de las condiciones laborales y económicas. Se considerarán nulos los pactos que traten de limitar o impedir el ejercicio de este derecho e ilegales todas las medidas dictadas con el mismo propósito. Las medidas adoptadas en el marco del artículo 12.a), de los apartados segundo y tercero del artículo 35, del apartado cuarto del artículo 87.a) y del artículo 91 no podrán dirigirse contra las luchas laborales que las asociaciones a que se refiere el primer apartado de este artículo realicen en pro de la preservación y el fomento de las condiciones de trabajo y económicas».

117. EPPING, 2004, pp. 134 y ss.; BREUER, 1989, pp. 877 y ss.

118. ZIPPELIUS, 1989, Número marginal 102; PODLECH, 1989, art. 1, apartado 1, Número marginal 26 y ss.; STARCK, 1999, art. 1, Número marginal 24; BENDA, 1995, pp. 477 y 514.

119. BADURA, 1975, p. 17.

120. BVerfGE 1, 97 (104 y ss.). También encontramos un reconocimiento de este derecho en BVerwE 1, 159 (161), y BGSE 27, 197 (199); 43, 128 (133). Puede verse también BVerfGE 20, 31 (32); 40, 121 (131).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

No obstante, se sostiene también que la dignidad humana supone que el Estado sólo debe intervenir subsidiariamente, respetando la propia auto-realización de la persona humana. Es el individuo el que debe asumir la responsabilidad para solucionar sus problemas, y corresponde al Estado, en su caso, ayudarlo¹²¹. Las prestaciones sociales deben ser por tanto solamente prestaciones subsidiarias¹²², para así reconocer plenamente al ciudadano como ser humano digno y por tanto autorresponsable¹²³. Lo que se garantiza son las necesidades básicas para la existencia humana¹²⁴, que permitan a las personas vivir en condiciones de igualdad real y efectiva¹²⁵. No obstante, estas necesidades básicas, este mínimo, pueden evolucionar, en función de las costumbres sociales y el nivel de vida¹²⁶.

Aunque el derecho a un medio ambiente adecuado no está reconocido y protegido expresamente en la Constitución alemana, tres largos años de debate se introdujo en la LFB en 1994 el artículo 20.a). En él se formula como un meta de la actuación del Estado, que vincula al legislador, a la Administración y al Poder Judicial, la responsabilidad en orden a preservar las mejores sanas y naturales condiciones de vida de las futuras generaciones¹²⁷.

La necesidad de esta reforma vino determinada no tanto como una ausencia de protección en ese ámbito sino como una necesidad de aclaración, puesto que ya antes de la inserción del artículo 20.a) LFB se podía deducir una protección semejante de los demás derechos fundamentales previstos en la misma LFB. Si consideramos el artículo 2.2.1, en conexión con el 1.1 LFB resulta que existe un derecho a un mínimo existencial, del que podemos también derivar un «derecho a un mínimo ecológico existencial»¹²⁸.

Una existencia humanamente digna puede desarrollarse sólo en un ambiente humanamente digno. Resulta sin embargo extremadamente difícil concretar el bien jurídico protegido por un hipotético derecho fundamental

-
121. Vid. BverwGE (Sentencia del Tribunal Contencioso-Administrativo Federal Alemán) 23, 153 (156); 25, 27 (30).
 122. BVerwGE 47, 103 (106 y ss.); BVerwGE 23, 153 (156); 67, 163 (168).
 123. BVerwGE 23, 149 (153); 27, 58 (63); 67, 1 (5f.); 68, 91 (94); 98, 203 (204).
 124. BVerfGE 40, 121 (133); 82, 60 (80).
 125. BVerfGE 33, 303 (334 f.); 40, 121 (139).
 126. BVerwGE 25, 307 (317); 35, 178 (180 y ss.); 36, 256 (259); 69, 146 (154); 92, 6 (7); 92, 112 (114); 97, 376 (378); 107, 234 (236).
 127. Art. 20.a) [Protección de los fundamentos naturales de la vida]: «El Estado protegerá, teniendo en cuenta su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial».
 128. SCHOLZ, 1973, número 28.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

al medio ambiente, y además sería casi imposible lograr hacer valer tal derecho judicialmente¹²⁹. Más que un derecho público subjetivo parece que debería ser un valor fundamental objetivo, una decisión valorativa de la propia Constitución, que vincularía a los poderes públicos¹³⁰.

Ya hemos señalado que algunas constituciones de algunos *Länder* formulan parcialmente algunos derechos sociales. Por ejemplo, vale la pena reseñar que en la Constitución del Estado de Brandemburgo se recoge el «derecho a la ayuda social», en su artículo 45. También otras constituciones, sobre todo inicialmente de los estados del Sur de Alemania¹³¹, a las que luego siguieron los de la antigua Alemania del Este¹³², recogen un catálogo de derechos sociales.

Sin embargo, el problema que se plantea es que la asistencia social se considera, en el artículo 74.7 LFB una competencia concurrente. Y, según establece el artículo 72.1, «en el ámbito de la legislación concurrente, los *Länder* tendrán competencia legislativa, en el caso y en la medida en que la Federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa». Es decir, que la actuación de los *Länder* es subsidiaria a la de la Federación y, en cualquier caso, no está vinculada por un catálogo de derechos sociales fundamentales que no se recoge en la Constitución.

Sí existen, y así se reconoce por la doctrina, unos derechos prestacionales de configuración legal que se derivarían del principio o cláusula del Estado social: así, las ayudas destinadas a los que tienen algún grado de incapacidad, o el sistema de Seguridad Social que, en todo caso, no tiene una directa protección constitucional¹³³. Además, la jurisprudencia constitucional habría considerado, según algún sector doctrinal, que algunos derechos de prestación, de fomento y de protección por parte del Estado se derivan del catálogo previsto en los artículos 2 a 19 de la Constitución¹³⁴. Más adelante veremos algunos ejemplos, sobre todo de la mano de ALEXY.

Para la mayoría de la doctrina alemana, sin embargo, los derechos sociales de prestación no son, en principio, verdaderos derechos fundamentales, aunque sí reconocen el derecho a un mínimo existencial. Son simples derechos, pero no fundamentales, y su protección debe encomendarse simplemente a la ley. Aunque se reconoce que el carácter de Estado Social debe

129. SCHOLZ, 1973, número 12.

130. SCHOLZ, 1973, número 33.

131. BEUTLER, 1973, pp. 202 y ss.

132. SIMÓN, 1994, § 4, número marginal 9 y siguientes.

133. JARASS, 2006, números marginales 104 y 105.

134. BVefGE 39, 1 (41); 53, 30 (57); 57, 295 (319 y ss.); 73, 261 (269); 77, 170 (214 y ss.); 80, 81 (92 y ss.); 81, 242 (253); 84, 192 (195); 96, 56 (64).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

concretarse a través de la acción de legislador, se ha rechazado expresamente que de la sola cláusula del Estado social puedan surgir derechos subjetivos¹³⁵ y, en consecuencia no existiría ningún derecho a concretas regulaciones en el ámbito social que fuese accionable directamente ante los tribunales¹³⁶. Los derechos culturales, en este sentido, no son tampoco derechos fundamentales. Puede discutirse, por ejemplo, en función de la cláusula cultural (*Kulturklausel*) de la Constitución de Baviera (art. 3), que éste se trate de un Estado de cultura, pero la República Federal de Alemania no es un Estado de Cultura (*Kulturstaat*). La cláusula cultural sólo se ha recogido en las Constituciones de algunos *Länder*, pero no en la LFB.

Este sector doctrinal sostiene que el propio concepto de derecho social encierra una opacidad terminológica y normativa. Se trata (dice STERN) de un concepto confuso, que agrupa a un conglomerado de diversas figuras jurídicas que no tienen una estructura común y no responden a unas categorías dogmáticas claras. También STARCK insiste en esta idea, al considerar que los derechos sociales plantean problemas estructurales que los convierten en algo diferente a los derechos fundamentales, en el sentido de derechos públicos subjetivos directamente exigibles ante los tribunales¹³⁷. Sólo habría una posible excepción, según STARCK, la relativa al derecho a un mínimo existencial. Aunque en un principio el Tribunal Constitucional Federal alemán rechazó que hubiese una obligación estatal de proteger un mínimo existencial ante situaciones de urgencia material¹³⁸, más tarde dedujo de la garantía de la dignidad humana proclamada en el artículo 1.1 LFB un derecho a una mínima atención que procurase una existencia digna, con consecuencias sociales e impositivas y con la necesidad de un desarrollo por parte del legislador¹³⁹.

2.2.3. Los intentos de construcción doctrinal y jurisprudencial de los derechos sociales fundamentales

Si bien, como hemos visto, STARCK niega la posibilidad de construir por vía interpretativa, a partir de los derechos fundamentales reconocidos de

-
135. Así, JARASS, 2006, número marginal 103. La jurisprudencia constitucional así lo confirma: BVerfGE 27, 253/283; 82, 60/80. En sentido similar, BADURA, 1996, pp. 36 y ss.; HERZOG, 1994, VIII, número 49 y ss.
136. Pude verse la jurisprudencia en este sentido del Tribunal Federal de lo Social, en la Revista *Die Sozialgerichtsbarkeit*, 1984, p. 430.
137. STARCK (2007, pp. 768-769) se pregunta: «¿Qué derecho (accionable) garantiza un Derecho a la educación o a un medio ambiente sano? ¿Qué significa un Derecho a la salud? El ámbito de prestación no queda nada claro».
138. BVerfGE 1, 97, 104.
139. BVerfGE 40, 121, 133; 82, 60, 85; 87, 153, 170; 91, 93, 111; 99, 216, 233.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

modo expreso en la Constitución, una suerte de derechos sociales fundamentales, o derechos a prestaciones derivados de los derechos fundamentales¹⁴⁰, admite alguna excepción. En concreto, para poder considerar un derecho social fundamental habrían de darse los siguientes requisitos: la urgente e imperiosa necesidad de asegurar materialmente un derecho de libertad; la determinabilidad del contenido de la prestación; la garantía de los recursos económicos necesarios para poder satisfacer la prestación no supondrá invasión de las competencias del legislador en materia presupuestaria; y la sujeción del derecho social de prestación a la cláusula vinculante del artículo 1.3 LFB (principio de aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales).

Los tres primeros requisitos deben darse conjuntamente, y el cuarto es consecuencia de los otros tres¹⁴¹.

En esta misma línea, BREUER sostiene que los derechos sociales fundamentales pueden ser reconocidos en la medida en que sean indispensables para hacer posibles las libertades fundamentales, y siempre que el individuo no esté en condiciones de ejercer autónomamente su libertad sin el auxilio del Estado¹⁴². En este grupo de derechos se situarían el derecho a las condiciones existenciales mínimas, la financiación de las escuelas privadas (particulares) y el acceso a las instituciones públicas. Por lo tanto, los derechos a prestaciones serían admisibles cuando fuesen necesarios para no poner en riesgo las libertades fundamentales¹⁴³.

Es quizá ALEXY el que llega a conclusiones más claras, en su conocida obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Este autor alemán lleva a cabo un repaso de los diversos argumentos, a favor y en contra, de la existencia de los derechos sociales fundamentales, que él llama derechos a prestaciones en sentido estricto¹⁴⁴. Propone una ponderación entre diversos principios: el principio de libertad real o libertad fáctica, por un lado, y los principios de competencia decisoria del poder legislativo, de separación de poderes, principios materiales relativos a la libertad jurídica de terceros, otros derechos sociales o bienes colectivos.

ALEXY parte de la base de que pueden considerarse derechos sociales fundamentales tanto los explícitamente reconocidos en alguna de las constituciones de los *Länder* alemanes como los que se pueden derivar de la interpretación jurídica a partir de los expresamente reconocidos en la LFB (ads-

140. STARCK, 1990, pp. 21 y ss.

141. STARCK, 1976, p. 526.

142. BREUER, 1978, pp. 91 y ss.

143. BREUER, 1978, p. 119.

144. ALEXY, 1997, pp. 482-501.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

criptos interpretativamente). Aunque, en este último caso, no siempre exista una garantía constitucional directa, eso no quiere decir que no se pueda hablar de una garantía derivada de la Constitución.

Según ALEXY la jurisprudencia constitucional «ofrece puntos de apoyo para la discusión sobre los derechos a prestaciones en la LFB mucho más ricos que los que suministran el texto y la génesis de la Ley Fundamental»¹⁴⁵. De lo que se trata es de dirimir, en definitiva, si del contenido de la regulación constitucional de los derechos fundamentales pueden deducirse como garantizados algunos derechos sociales fundamentales.

Las normas que, según ALEXY, podrían entenderse incluidas en las disposiciones constitucionales iusfundamentales, son de varios tipos. Pueden tratarse de normas que confieren auténticos derechos subjetivos, o de normas que sólo obligan objetivamente. Pueden ser vinculantes o no para los poderes públicos. Pueden fundamentar derechos y deberes *definitivos* (directamente ejecutables) o *prima facie* (lo que ALEXY identifica con principios o reglas, que requieren una mayor concreción posterior). La combinación de todos estos elementos permitiría clasificar todos los posibles tipos de normas. Por ejemplo, el derecho a un mínimo vital sería un derecho subjetivo definitivo vinculante (tiene, por tanto, el máximo grado de protección). Pero el derecho a ser admitido a cursar los estudios elegidos es un derecho subjetivo *prima facie* vinculante, porque se encuentra limitado por las posibilidades materiales¹⁴⁶.

En la consideración que se tenga sobre los derechos sociales influye la idea previa que se tenga sobre el papel del Estado y, en concreto, sobre el nivel a que puede llegar su capacidad de intervención en la sociedad. Por ejemplo, en cuanto a las prestaciones estatales para garantizar las condiciones básicas de vida de los ciudadanos, no es lo mismo garantizar un contenido mínimo que uno máximo. Un contenido máximo sería el que considera el derecho a la educación como un «derecho a la emancipación cultural-intelectual a la individualidad, a la autonomía, a la madurez político social»¹⁴⁷. No se trata de llegar a ese extremo, pero sí parece que podría defenderse la existencia de un contenido mínimo constitucionalmente garantizado.

Es cierto que, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional Federal, «el derecho de libertad no tendría valor alguno sin los presupuestos fácticos para poder hacer uso de él»¹⁴⁸. Puede también sostenerse que es a los poderes públicos a quienes, a través de políticas activas, corresponde la

145. ALEXY, 1997, p. 426.

146. BVerfGE 43, 291 (314 y ss.).

147. ALEXY cita a REUTER, 1974, p. 12. También HEYMANN y STEIN, 1972, pp. 189 y ss.

148. BVerfGE 33, 303 (331).

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

responsabilidad para dotar de esas condiciones básicas a todos los ciudadanos. Pero lo que no está tan claro, sin embargo, es que esta obligación de actuar por parte del Estado genere derechos subjetivos fundamentales por parte del ciudadano. BÖCKENFÖRDE insiste en que para una persona cuyas condiciones de vida no le permiten ni siquiera plantearse la posibilidad de disfrutar de las libertades constitucionalmente garantizadas, éstas se quedan en meras fórmulas vacías¹⁴⁹. El propio Tribunal Constitucional Federal ha interpretado el catálogo de los derechos fundamentales como expresión de un sistema de valores «que encuentran su punto central en la personalidad humana que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad»¹⁵⁰.

Según ALEXY, de esta jurisprudencia puede deducirse que si el objetivo de los derechos fundamentales es que la personalidad humana se desarrolle libremente, deben asegurar también los presupuestos que permiten disfrutar de las libertades jurídicamente garantizadas. Esta tesis encontraría también fundamento en los principios de Estado Social y el de igualdad jurídica.

Hay otros dos argumentos de quienes rechazan la consideración de los derechos sociales como fundamentales. Por un lado, se dice que el hecho de considerar los derechos sociales como fundamentales y vinculantes conduciría a un desplazamiento de las competencias en política social desde el Parlamento al Tribunal Constitucional. Y si, por el contrario, se considera que no son vinculantes, entonces no podrían entenderse como fundamentales, porque entraría en conflicto con la cláusula de vinculación todos de los derechos fundamentales recogida en el artículo 1.3 LFB. Por eso se dice, por parte de estos autores, que no son justiciables, o lo son en muy escasa medida, en buena parte por su imprecisión en cuanto a su contenido exacto¹⁵¹. ALEXY responde que este contenido puede ser concretado por el legislador, y que en todo caso los tribunales decidirían en cada caso concreto.

El otro argumento en contra de los derechos sociales fundamentales es que, si los consideramos vinculantes para el Estado, requerirían por parte de los poderes públicos una serie de obligaciones económicas y de costes financieros que condicionarían la política presupuestaria. Por ejemplo, si el derecho al trabajo es un derecho social fundamental vinculante, nos encontraríamos con el problema de que, en una economía de mercado, el Estado no puede intervenir ilimitadamente, porque debe respetar la libertad de decisión individual en el ámbito económico¹⁵². Entrarían, por tanto, en con-

149. BÖCKENFÖRDE, 1976, p. 77.

150. BVerfGE 7, 198 (205).

151. STARCK, 2007, pp. 768-769.

152. STARCK, 1976, p. 519; 1981, p. 241; LÜCKE, 1982, p. 39; ISENSEE, 1980, pp. 379 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

flicto, los derechos sociales fundamentales y los derechos de libertad, con el agravante de que estos últimos están directamente garantizados por la Constitución, mientras que aquéllos se construirían, fundamentalmente, a partir de la jurisprudencia.

Para ALEXY, la clave está en verificar si existen derechos a prestaciones jurídicas que puedan considerarse como derechos sociales fundamentales que, desde el punto de vista constitucional, sean tan importantes que su otorgamiento o no deba quedar al margen de una simple mayoría parlamentaria. En este sentido, serían derechos constitucionalmente garantizados, que no pueden quedar en manos de mayorías políticas coyunturales. Por otra parte, es cierto que los derechos sociales pueden limitar la competencia del legislador, pero todos los derechos fundamentales lo hacen, poniéndolo incluso en posiciones incómodas¹⁵³ y afectando a competencias presupuestarias. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional federal amplió el círculo de personas con derecho a percibir una prestación de ayuda social para vivienda, lo cual supuso un mayor gasto financiero para los poderes públicos¹⁵⁴.

A partir de estos argumentos, ALEXY sostiene que habría una serie de derechos sociales que deben considerarse fundamentales, derechos originarios a prestaciones, en el caso de que se cumplan dos condiciones: que sean imprescindibles para hacer posible la libertad real, y que sea escaso el grado de afectación al principio de la separación de poderes o a otros principios materiales (especialmente los referidos a derechos fundamentales de terceros). Entre estos derechos estarían el de un mínimo vital, el de una vivienda simple, el de la educación escolar y la formación profesional y el de recibir un estándar mínimo de asistencia sanitaria.

Habría que atender, no obstante, de acuerdo con lo que dice ALEXY, a cada caso concreto, llevando a cabo una ponderación entre los principios afectados. Es cierto que la justiciabilidad puede ser deficiente, pero es algo que suele ocurrir, a veces también con los derechos de libertad clásicos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no es un tribunal sin recursos frente a un legislador inoperante o deficiente¹⁵⁵. Por ejemplo, ante una actitud semejante del legislador, el TCF puede constatar una violación de la Constitución¹⁵⁶, fijando incluso un plazo para que el legislador elabore una norma acorde con la LFB¹⁵⁷, o puede llegar a concretar jurídicamente lo dispuesto

153. ALEXY, 1997, p. 495

154. BVerfGE 27, 220 (228 y ss.).

155. ALEXY se basa en las tesis de SCHMIDT, 1981, p. 19.

156. BVerfGE 39, 316 (333).

157. BVerfGE 33, 1 (13).

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

por la Constitución¹⁵⁸, aplicando de modo directo y efectivo la Norma Fundamental.

Podemos decir que hay un rasgo común entre los dos sectores doctrinales germanos con relación a los derechos sociales: la preocupación por asegurar un nivel mínimo de medios materiales que debe ser garantizado por medio de derechos fundamentales, y que tendría por objeto evitar el vaciamiento de la libertad personal, asegurando una libertad real. En todas las construcciones doctrinales alemanas está presente la problemática de la «reserva de lo posible» (como ocurría en Italia), ligada a una reserva competencial del parlamento y al respeto del principio de separación de poderes. La diferencia entre unas posiciones y otras está en el grado de importancia que se le da a esta «reserva de lo posible». Admitiendo que un derecho social fundamental está limitado por la reserva de lo posible, en el sentido de lo que el individuo puede exigir razonablemente de la sociedad¹⁵⁹, ALEXY sostiene que esto no trae consigo automáticamente la ineficacia de ese derecho. Lo que exige esta cláusula es la ponderación de este derecho con los demás derechos y principios en posible conflicto¹⁶⁰.

ALEXY reconoce que algunos derechos sociales fundamentales (como había sostenido HÄBERLE¹⁶¹) son primero un mandato constitucional (principio) de actuación hacia los poderes públicos, y luego pueden llegar o no a ser derechos subjetivos individuales. Pero este argumento, que a algunos les ha servido para no considerar como derechos fundamentales a los derechos sociales, sino simplemente como mandatos al legislador, no sirve para el caso de aquellos derechos sociales mínimos, como los citados por ALEXY, que son directamente ejercitables ante los tribunales, según este sector de la doctrina alemana, y que deben ser considerados como fundamentales. Es más, si los poderes públicos diesen cumplimiento a principios iusfundamentales más allá de los límites a los que está obligado constitucionalmente, estaría también cumpliendo normas de derecho fundamental, aunque no pudiera ser obligado para ello por un Tribunal Constitucional¹⁶².

2.3. GARANTÍAS

Los mecanismos de garantía de los derechos son, básicamente, los juris-

158. BVerfGE 3, 225 (237 y ss.); 43, 154 (169 y ss.).

159. BVerfGE 43, 291 (314); 33, 303 (333).

160. ALEXY, 1997, p. 498.

161. Sobre estas ideas puede verse HÄBERLE, 2002, pp. 201 y ss. Anteriormente, HÄBERLE, 1972, p. 108. Este autor deduce casi todas sus tesis de la cláusula del Estado Social prevista en la LFB.

162. ALEXY, 1997, p. 501. Estas tesis de ALEXY han sido seguidas y ampliadas posteriormente por otros autores, entre los que puede destacarse BOROWSKI, 1998, pp. 303 y ss. También puede verse MURSWIEK, 1985, pp. 264 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

dicionales. Y, en lo que se refiere a los derechos fundamentales, el recurso de amparo, conforme a lo dispuesto en el artículo 93.1.4.a) de la LFB, al señalar como una de las competencias del TCF alemán la de conocer «sobre los recursos constitucionales que puedan interponerse por cualquiera que alegue haber sido lesionado por el Poder público en uno de sus Derechos fundamentales o en uno de los derechos contenidos en los artículos 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104».

En Alemania no existe una institución similar al *Ombudsman* o al Defensor del Pueblo. Lo más parecido a la tarea de tal institución es la que llevan a cabo las respectivas Comisiones de Petición de los diferentes parlamentos, tanto de la Dieta Federal (*Bundestag*), prevista en el artículo 45.c) LFB¹⁶³, como de los parlamentos de cada Estado miembro. En los Estados de Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern, Renania Palatinado y Turingia¹⁶⁴ existe la figura del «Comisionado de los ciudadanos» (*Bürgerbeauftragte*), que actúa como instrumento de garantía de los derechos de los ciudadanos ante las Comisiones de peticiones de los respectivos parlamentos. El fundamento jurídico de su existencia se situaría en el artículo 17 LFB, que reconoce el derecho de petición¹⁶⁵.

Como ejemplo de lo anterior podemos mencionar que, en el artículo 36 de la Constitución del Estado de Mecklenburg-Vorpommern, se dispone que el parlamento estatal elegirá, por un período de seis años prorrogables por una sola ocasión, un «Comisionado de los ciudadanos», cuya misión es preservar los derechos de los ciudadanos, así como llevar a cabo labores de asesoramiento y protección en cuestiones sociales, ante el gobierno estatal y los responsables de la Administración pública.

3. FRANCIA*

La posición jurídica de los derechos sociales en Francia pareciera ence-

163. Art. 45.c) LFB [Comisión de Peticiones de la Dieta Federal]: «1. La Dieta Federal constituirá una comisión de peticiones, a la que corresponderá el despacho de las quejas y peticiones enviadas a la cámara a tenor de lo previsto en el artículo 17. 2. Una ley federal regulará las competencias de la comisión en orden al examen de las quejas». Este artículo se desarrolló posteriormente a través de la Ley sobre las facultades de la Comisión de peticiones (*Gesetz über die Befugnisse des Petitionsausschusses*), de 19 de julio de 1975 (*Bundesgesetzblatt I*, 1975, pp. 1921 y ss.).

164. El Bürgerbeauftragte de Mecklenburg-Vorpommern tiene una página web propia: <http://www.buergerbeauftragte-mv.de>.

165. Art. 17 LFB: «Todas las personas, individual o colectivamente, tienen derecho a dirigirse por escrito a los organismos competentes y a la representación popular y trasladarles sus peticiones o quejas».

* Por Carlos Miguel HERRERA. Agradecemos las pertinentes observaciones que oportunamente nos hicieron llegar nuestros colegas y amigos Véronique Champeil-Desplats (Universidad Paris X) y Rafael Encinas de Muñagorri (Universidad de Nantes).