

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).

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

rrar cierta paradoja. Al importante desarrollo de su sistema de Seguridad Social y a su régimen laboral protector, que han hecho del país galo uno de los principales Estados sociales europeos en la segunda mitad del siglo XX, corresponde un marcado subdesarrollo de la reflexión jurídica, tanto en lo que respecta a la idea de Estado social, como en lo que hace a la noción de derechos sociales.

En buena medida, esta peculiaridad se origina en la recepción que la doctrina jurídica hizo de la cuestión social a fines del siglo XIX. Relacionada una primera vez, y por ello rechazada, con las reivindicaciones socialistas de transformación del régimen de propiedad privada que habían aparecido explícitamente en el debate constituyente de 1848, será asociada luego, y rechazada nuevamente, con el «colectivismo» propio del espíritu germánico, cuando emergía en Alemania un primer modelo institucional de providencia social, de raíces paternalistas y de tinte autoritario, y por ello incompatible, con los principios universales de la República.

Habrá que esperar el fin de la Segunda guerra mundial para que surja en Francia un constitucionalismo social en sentido propio, aunque ya a principios de los años treinta, los antiguos mecanismos de asistencia pública habían dado lugar a una primera tentativa de organizar un sistema de seguros sociales. Sin embargo, la cuestión, específicamente constitucional, de los derechos sociales será rápidamente absorbida por el conjunto de normas particulares que regulará la institución de la Seguridad Social y la protección del trabajo asalariado. Desde un punto de vista doctrinal, esto se traducirá a su vez por una apropiación preferente del objeto por parte del derecho laboral, quedando los aspectos más generales de la problemática en manos de una rama emergente del derecho administrativo que se ocupaba de los derechos y libertades (la asignatura llamada *Libertés publiques*, cuya denominación se modifica hoy al calor de ciertas evoluciones jurídicas), perspectivas ambas que condicionarán por mucho tiempo la reflexión sobre los derechos sociales.

3.1. CONSTITUCIÓN

Si bien podemos hallar un conjunto importante de precedentes históricos en los debates constitucionales de 1848, e incluso durante los primeros años de la Revolución Francesa, se considera que la constitucionalización social en Francia no tiene lugar realmente antes del surgimiento de la IV República. Su Constitución, promulgada en octubre de 1946, se abrió con un Preámbulo que reunía un conjunto de «principios políticos, económicos y sociales», calificados de «particularmente necesarios para nuestro tiempo».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Dicho texto reconocía, en una formulación normativa que tomaba la forma del reconocimiento de un «derecho a», la igualdad de la mujer, el derecho a obtener un empleo (correlativo de un «deber de trabajar»), la acción sindical y la formación de sindicatos, el derecho de huelga, el derecho a la participación de los trabajadores en la determinación de las condiciones colectivas de trabajo y a la gestión de la empresa, el desarrollo de la familia, la protección de la salud, el reposo y la jubilación, y un igual acceso a la educación.

Durante cierto tiempo se debatió acerca del valor jurídico de dicho Preámbulo, que no estaba integrado en el articulado de la Constitución, y la doctrina se inclinaba mayoritariamente por negarle el carácter de una regla de aplicación directa de «valor positivo y constitucional», apoyándose en la incipiente jurisprudencia del *Conseil d'Etat*, por entonces la máxima jurisdicción en materia de derecho público. En las conclusiones que su Comisario de gobierno proponía en la célebre decisión *Dehaene*, sobre el derecho de huelga de los funcionarios públicos (CE, 7 de julio de 1950), se sostenía que el Preámbulo no constituía un conjunto de reglas directamente aplicables, pero expresaba principios generales del derecho. En todo caso, su texto había quedado fuera de la peculiar modalidad de control de constitucionalidad que organizaba la Constitución de 1946 en sus artículos 91 y siguientes.

Cuando la crisis de la descolonización dejó al desnudo los límites del sistema político que se había instaurado, y una nueva República acompañó el regreso al poder del general De Gaulle, su Constitución, del 4 de octubre de 1958, en un nuevo Preámbulo, ratificó de manera solemne la adhesión a la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 «confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946», dándole a este documento una existencia autónoma que ahora se prolongaba en el tiempo. Este encadenamiento normativo, visto en un primer momento como meramente simbólico, habría de ser la vía para la constitucionalización de los derechos sociales en Francia, a partir del desarrollo de una modalidad particular (y restringida) de control de constitucionalidad de las leyes que se desarrollará en los años setenta.

En efecto, el reconocimiento y la protección constitucional de los derechos se realizará a través de la jurisprudencia del *Conseil constitutionnel* (la institución designada por la Constitución de 1958 como encargada de verificar, originariamente antes de su promulgación, la constitucionalidad de las leyes [art. 61.1 y 2] pero que no corresponde, aun luego de haber injertado un procedimiento de control *a posteriori* a través de la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad que entró en vigor en marzo 2010, en sentido estricto a una corte constitucional en la tradición europea¹⁶⁶), cuyos inicios datan

166. El *Conseil constitutionnel* nació de la voluntad de vigilar los poderes del Legislativo,

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

del 16 de julio de 1971, con la decisión «Libertad de asociación» (CC 71-44 DC), que utiliza la fórmula que se tornará ritual: «vu la Constitution et notamment son préambule». Pero habrá que esperar la decisión «IVG» (CC 74-54 DC, 15 de enero de 1975), para que el Preámbulo de 1946, y más precisamente su apartado 11 (que afirma que la Nación «garantiza a todos [...] la protección de la salud», en este caso, del niño), sea utilizado como norma de referencia en materia social para el control de constitucionalidad de la ley que autorizaba el aborto.

El reconocimiento constitucional de los derechos sociales fue concretizado, en un primer momento, en referencia a las disposiciones del Preámbulo de 1946, que pasó a integrar el llamado bloque de constitucionalidad. Pero no siempre la referencia será textual: una interpretación más amplia de sus enunciados, según la denominada técnica constructiva, permitió al *Conseil constitutionnel* reconocer incluso algunos derechos sociales que no estaban directamente establecidos en el texto, aunque se actuase siempre con mayor parsimonia que en materia de los llamados derechos de libertad. En algunos de estos casos, la alta jurisdicción fue incluso más allá de los límites que la doctrina jurídica francesa había asignado tradicionalmente a los derechos sociales; en una muy comentada decisión del 19 de enero de 1995, el *Conseil constitutionnel* reconoció como fundamento del «derecho a una vivienda digna» (un derecho que no existe como tal enunciado en el Preámbulo de 1946 pero que ya había sido constitucionalizado en anteriores decisiones de 1990 y 1994), el principio constitucional de la salvaguarda de la dignidad de la persona humana contra toda forma de degradación (CC 94-359 DC).

En su jurisprudencia, el *Conseil constitutionnel* ha reconocido los derechos sociales bajo diferentes denominaciones, algunas de propia elaboración, como «objetivo de valor constitucional» o «exigencia constitucional», otras más tradicionales, como «principios de valor constitucional» o «reglas de valor constitucional». Ante esta ambivalencia, la doctrina constitucional ma-

que se encontraban fuertemente limitados por la Constitución de la V República, sin que ésta previera explícitamente un sistema de protección de los derechos y libertades, lo que explica la ausencia, hasta una fecha reciente, de todo recurso de inconstitucionalidad en mano de particulares. Sin entrar en los problemas de composición de la jurisdicción o de organización del mecanismo de control, cabe subrayar que ya antes de la reforma del procedimiento de control, la máxima jurisdicción judicial del país, la *Cour de cassation*, había cuestionado el monopolio del control ejercido por el *Conseil constitutionnel*, cuya autoridad sólo se aplicaba, en su interpretación, a las leyes adoptadas posteriormente a la Constitución de 1958, y sólo en el momento previo a su promulgación (10 de octubre de 2001). Por su lado, el *Conseil d'Etat*, máxima jurisdicción en materia administrativa, desarrolló a partir de 1989 (en la célebre decisión *Nicolo*) el llamado control de convencionalidad de la ley, que ha funcionado como otra forma (indirecta) de control de supra-legalidad.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

yoritaria ha buscado sistematizar la existencia de dos niveles diferentes en el marco del reconocimiento constitucional de los derechos sociales, que generarían a su vez, dos regímenes de protección distintos. Por un lado, tendríamos los llamados «derechos constitucionales de los trabajadores», también denominadas «libertades sociales», reunidos en los apartados 6, 7 y 8 del Preámbulo de 1946, que podrían ser calificados de «derechos fundamentales». Entrarían en esta categoría derechos sociales como el derecho de huelga, el derecho y la libertad sindicales, y el derecho de participación en la determinación de las condiciones colectivas de trabajo (que recubre tanto el derecho de representación del personal como el derecho a las negociaciones colectivas). Los derechos sociales de prestación, llamados «derechos créditos» en la tradición francesa, serían, en cambio, «objetivos de valor constitucional». Entrarían en dicha categoría los apartados 5, 11 y 13 del Preámbulo de 1946 pero también aquellos derechos «descubiertos» por la interpretación del *Conseil constitutionnel*. Serían entonces derechos sociales reconocidos bajo esta modalidad más restrictiva el «derecho al trabajo», el «derecho a la salud», el «derecho a una vivienda decente», y el «derecho a obtener medios convenientes de existencia», que, en una decisión del 23 de enero de 1987 (CC 86-225 DC), el *Conseil constitutionnel* extrajo del apartado 11 del Preámbulo de 1946. Entrarían además en estas categorías el conjunto de derechos de ayuda y asistencia social, que la doctrina jurídica reúne bajo la categoría, muy cuestionable a nuestro entender, de «derechos de los pobres».

Los derechos sociales de prestación, siempre en la reconstrucción doctrinal dominante, permitirían limitar la aplicación de ciertos principios constitucionales (como, en el tema que nos ocupa, el derecho de propiedad privada o la libertad contractual), pero no darían un derecho subjetivo a los particulares para demandar su cumplimiento ante una jurisdicción (FAVOREU, MATHIEU/VERPAUX). Siendo pues únicamente oponibles al legislador, sólo la intervención del parlamento, desarrollándolos por ley, podría darles efectividad jurídica inmediata en términos de derechos. Y aun en presencia de ley, la doctrina suele discutir sobre la entidad jurídica de tales derechos. A decir verdad, el *Conseil constitutionnel*, en su actividad de jurisdicción, no ha sistematizado materialmente esta distinción, que corresponde más bien a una reconstrucción a la luz de la jurisprudencia de las principales cortes constitucionales europeas, y un mismo derecho social de prestación puede ser calificado de «objetivo» o de «principio» o de «exigencia»¹⁶⁷. En todo caso, como podemos observar, no existe, en derecho francés, un catálogo sistemático de dere-

167. En cambio, en alguna conferencia en el extranjero de un presidente en funciones del *Conseil constitutionnel*, o en la conferencia de prensa de su Secretario general luego de una decisión en esta materia, se ha alentado tal interpretación.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

chos sociales, o una parte específica consagrada a ellos dentro del texto constitucional. Sin embargo, el *Conseil constitutionnel*, a diferencia del *Conseil d'Etat*, considera que el conjunto de enunciados del texto de 1946 puede producir efectos normativos.

Más allá de esta discusión, una parte importante de la doctrina constitucional ha propugnado durante mucho tiempo la existencia de una jerarquía al interior mismo de los derechos y libertades garantizados por la Constitución, en la cual los derechos sociales ocuparían una posición de rango inferior y subordinado ante los derechos de la llamada «primera generación», es decir, los derechos de libertad enunciados o reconocidos a partir de la Declaración de 1789. Como lo sostuviera François GOGUEL, «los principios particularmente necesarios a nuestro tiempo, a diferencia de los Derechos proclamados en 1789, están afectados por un cierto coeficiente de contingencia y de relatividad». La célebre decisión del *Conseil constitutionnel* del 16 de enero de 1982 (CC 81-132 DC) limitando las nacionalizaciones en nombre del derecho de propiedad, parecía confirmar esta perspectiva, hablando de un «valor constitucional pleno» en referencia a la Declaración de 1789, cuyos artículos primaban sobre el apartado noveno del Preámbulo de 1946. Sin embargo, otros autores han sostenido que la jurisprudencia constitucional, en particular con la adopción de la noción de «derechos fundamentales», recogida por un conjunto de decisiones en materia de derechos sociales del *Conseil constitutionnel* a principios de los años noventa (CC 89-269 DC del 22 de enero de 1990 y CC 93-325 DC del 13 de agosto de 1993), engloba ambos tipos de derechos, sin otorgarles jerarquía interna. Estos debates nos conducen directamente a los desarrollos doctrinales en torno a la categoría de los derechos sociales en el orden jurídico francés.

3.2. DOCTRINA

Un estudio reciente sobre la cuestión que nos ocupa señalaba que la categoría de derechos sociales «ha sido muy ampliamente cuestionada por la doctrina» en los últimos tiempos (CAPITANT). Para darle mayor precisión a este juicio, cabría añadir que dicha categoría nunca gozó de gran predicamento en el pensamiento jurídico francés.

La elaboración doctrinal sobre los derechos sociales comienza, en sentido estricto, con la adopción de la Constitución de la IV República. Anteriormente, las teorías de derecho público, aun aquellas que se mostraban más receptivas a la cuestión social (ante todo, las elaboraciones clásicas de Léon DUGUIT, o, en otra perspectiva, las teorizaciones no menos clásicas de Maurice HAURIOU) habían preferido analizar la cuestión en términos de «deberes so-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ciales del Estado», que, entre otras cosas, no daban un derecho subjetivo a reclamar la prestación. La única excepción de peso provino, ya entrados los años treinta, de los escritos de Georges GURVITCH, quien desarrolla una verdadera teoría del derecho social como categoría filosófico-jurídica, incluyendo en su seno un conjunto de reflexiones sobre los derechos sociales, que el autor de origen ruso volverá a presentar, de manera más sencilla, a mediados de los años cuarenta, cuando comienza a debatirse la incorporación de contenidos sociales a la nueva constitución que regirá al país tras la *Libération*¹⁶⁸. Pero la posición marginal de GURVITCH en las Facultades de Derecho (donde fue siempre considerado como un filósofo primero, y un sociólogo del derecho después), no facilitaron la recepción de su teoría en el ámbito jurídico¹⁶⁹.

Con la proclamación, ya recordada, de aquellos «principios políticos económicos y sociales» definidos por el constituyente como «particularmente necesarios a nuestro tiempo», comienza una elaboración doctrinal más sistemática en materia de derechos sociales. Un gran especialista de Derecho administrativo, Jean RIVERO, dará la modelización teórica que permanecerá vigente durante más de medio siglo, y que cuenta incluso hasta hoy con numerosos adeptos, a punto de poder ser calificada de visión dominante. Para RIVERO, los derechos sociales deben ser analizados como «derechos créditos» (*droits-créances*), lo que implicaba una diferencia esencial (de «naturalidad») con los derechos humanos. En una publicación sobre el por entonces recién aprobado Preámbulo de 1946, y que se transformará, hasta nuestros días, en el *framework* sobre la cuestión, firmada junto a otro gran jurista contemporáneo, Georges VEDEL, RIVERO afirma que los derechos sociales «suponen una acción positiva por parte del Estado, ya sea en vistas a proveer prestaciones a los individuos (protección de la salud o de la familia, derecho a la cultura, etc.), o con el fin de organizar la vida económica (asociación de trabajadores o la gestión empresarial, progresividad de los impuestos, derecho de propiedad)». En ambos casos, dichos derechos se constituyen como «créditos», «por los cuales el individuo puede exigir del Estado prestaciones positivas», configurando la imagen de un «Estado deudor» de dichas presta-

168. HERRERA, 2009b.

169. No está de más recordar tal vez, para apreciar el contexto jurídico en que se desarrolla la elaboración de la categoría de «derechos sociales» en el orden jurídico francés, que aún después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1946, Georges RIPERT, uno de los principales civilistas de la época, denunciaba el desarrollo del «derecho social» como una ideología que buscaba hacer aceptable la destrucción de los derechos individuales, en nombre de la igualdad social. En un plano algo más técnico, cuestionaba además el reemplazo de la tradicional categoría de «deber social» por la de «derecho» (HERRERA, 2007).

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

ciones (RIVERO y VEDEL). Sin duda, resultaba un tanto difícil concebir la juridicidad de esta categoría, dada la ausencia de sanción en caso de incumplimiento de la obligación, o, para decirlo de otro modo, no surgía de esta concepción el carácter jurídico de tal «obligación» en materia de derechos sociales. Por cierto, RIVERO no tenía empacho en admitir el corolario lógico de su argumento: en sentido estricto, «hasta tanto el servicio público no haya sido creado, hasta tanto el Estado no haya reunido los medios para liberarse de esa deuda, el derecho del acreedor no puede ser ejercido»¹⁷⁰.

Este carácter particular de los derechos sociales marcaba claramente la diferencia de naturaleza jurídica con respecto a los derechos humanos, ya que las garantías de estos últimos dependían «directa y exclusivamente de la iniciativa de los titulares al tiempo que ellas son reconocidas». Que los derechos sociales no podían ser incluidos en la misma categoría que los derechos humanos resultaba ya del tipo de garantía prevista para su protección: la efectividad de los derechos sociales dependerá siempre, como acabamos de ver, de la decisión política de organizar un servicio público. O, para decirlo de otro modo, es el Estado, en definitiva, quien determina el momento y los medios que consagra para cumplir con su obligación (su «deuda»). Por consiguiente, la «naturaleza jurídica» de los derechos sociales no sólo dejaba al Estado un margen de apreciación discrecional muy amplio, sino que su reconocimiento efectivo dependía siempre de la existencia de recursos materiales para consagrar a esta parte de su actividad. En verdad, este tipo de «derechos-crédito», siempre según el razonamiento de RIVERO, «no va, ni puede ir en los hechos, hasta obligar al Estado a crear el servicio necesario». Si «el objeto del derecho permanece indefinido hasta que el legislador haya procedido a las elecciones necesarias», no era difícil concluir, como lo hará el autor a lo largo de toda su obra, que los «derechos sociales», no tienen «un valor universal y permanente»¹⁷¹.

La persistencia de las ideas de RIVERO en la visión francesa de los derechos sociales se encarna a nuestro entender en dos elementos centrales, presentes aún en aquellas concepciones más favorables a su plena juridicidad. Por un lado, en el lazo exclusivo que se establece entre los derechos sociales y las prestaciones materiales del Estado. Por el otro, en la utilización de la idea de crédito (*crédance*) para definir su estructura. En ambos casos, la virtualidad de los derechos sociales se ve recortada, ya que se excluyen de la categoría un conjunto de modalidades de efectividad que no pasan por la acción material del Estado, e incluso dejan afuera un conjunto de problemas jurídi-

170. RIVERO, 1995.

171. *Ibidem*.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cos específicos, como la protección de los derechos sociales ante terceros. En definitiva, la utilización de la categoría de «crédito» para comprender la integralidad de los derechos sociales, apunta a establecer una naturaleza jurídica diferente, e incluso incompatible, con la de los otros derechos humanos, favoreciendo, del mismo modo, la aprehensión de los derechos sociales como «directivas» o «principios rectores», para utilizar expresiones de otras tradiciones jurídicas europeas, que se dirigen menos a los ciudadanos que a los poderes públicos.

Por cierto, si esta visión terminó delineando los contornos de la comprensión doctrinal de los derechos sociales, no fue la única tentativa por dar cuenta de ellos. Empero, aun en aquellos autores que se inscribían más claramente en la lógica del derecho constitucional (y que se mostraban a su vez más proclives a la reflexión teórica), como Georges BURDEAU, quien prefería buscar el fundamento de los derechos sociales en la existencia de lo que llamaba «los derechos del hombre en situación», se terminaba concluyendo que eran derechos *pro futuro*, «promesas» de una sociedad más justa, que debían ser luego desarrollados por el legislador. Incluso, el carácter particular de tales derechos se acentuaba cuando se recordaba que esas promesas se dirigían especialmente a los trabajadores, en el marco de integración social que se proponían desarrollar las nuevas instituciones del Estado de bienestar.

Entre «créditos» y «promesas», el carácter jurídico de la categoría de derechos sociales se seguía poniendo en tela de juicio. Ya entrados en los años 1980, algunos representantes de la doctrina administrativista sostenían que un conjunto de disposiciones del Preámbulo de 1946, y en particular el apartado quinto que reconoce el «derecho a obtener un empleo», no tenían verdadero valor jurídico, es decir no eran susceptibles de producir directamente derechos y obligaciones. La tesis ya había sido argüida con mayores visos de generalidad en un trabajo influyente hasta fecha reciente (y de indudable valor, como testimonio histórico) sobre la categoría de libertades públicas en derecho francés, donde se consideraba que los derechos que contenían obligaciones positivas no eran verdaderas normas jurídicas, pues le faltaban lo que el autor llamaba la «aptitud a la efectividad» (BRAUD).

Pero la progresiva evolución de la jurisprudencia de las dos principales cortes de derecho público llevó a moderar esta tradicional desconfianza doctrinal. Por un lado, la doctrina jurídica (incluida la administrativista) se muestra desde hace unos años más abierta hacia la noción de «derechos sociales», e incluso algunos autores no han dudado en hablar de «derechos sociales fundamentales», aunque el sentido dado al calificativo «fundamental» no se corresponda estrictamente con la significación que se le da en otras tradicio-

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

nes jurídicas europeas (es decir, la aplicabilidad directa de los derechos reconocidos por la norma constitucional). Por el otro, se puede relevar un primer conjunto de análisis que postulan que los derechos sociales no son sólo aprehensivos bajo la modalidad de la prestación, y que, más aún, no presentan diferencia de «naturaleza» con los derechos y libertades clásicas. Muchos de los principales derechos sociales, como el derecho al trabajo, el derecho a una vivienda digna, o un mínimo de condiciones materiales, pueden ser presentados como el corolario del derecho al respeto de la persona humana¹⁷².

Pese a que la cuestión no ha sido a nuestro entender suficientemente discutida en doctrina hasta el día de hoy, los enfoques que buscan fundamentar el carácter universal de los derechos sociales se han incrementado desde principios de los años noventa, y ese impulso ha llevado a algunos juristas a calificarlos incluso de «derechos naturales». Los derechos sociales así entendidos serían la traducción de la «fraternidad», valor que integra la divisa de la República (art. 2 de la Constitución de 1958), y, más exactamente, tendrían por fundamento la «solidaridad», como expresión jurídica de dicho valor, que implica también el «principio de igualdad» (más para evitar las discriminaciones no justificadas u otras rupturas formales que para fundar la reducción de las desigualdades materiales). Al mismo tiempo, se conserva todavía la distinción (que no cabe más que calificar de iusnaturalista en el contexto de la discusión jurídica) entre la «Nación» (o la «sociedad» o aun la «colectividad») y el «Estado», este último quedando obligado sólo a la organización de la enseñanza pública. Los derechos de solidaridad corresponderían pues a la sociedad, lo que conlleva a debilitar su protección como derecho positivo. Esta separación es sin duda de carácter ideológico, pero responde también a cierta dificultad para identificar al «Estado deudor» de derechos créditos.

La «solidaridad» no está enunciada en el Preámbulo de 1946 como principio general, pero ella encontraría su justificación en el carácter «social» de la República, ya constitucionalizado en 1946 y reconocido en el art. 1 de la Constitución de 1958. Y, por cierto, las proyecciones normativas de la idea de «República social» nos permiten reencontrar al Estado. En una de las tentativas más recientes por concebir los derechos sociales como derechos universales, en efecto, dos excelentes especialistas del derecho de asistencia social consideran que «el Estado está en el centro de la problemática del derecho social». Más aún, el derecho social se presentaría, en tanto continente de la República social, como «la formulación jurídica de la ambición redistributiva y protectora del poder público», aunque se conserva el tradicio-

172. HERRERA, 2004, y WACHSMANN, 2005.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nal argumento solidarista que ve el fundamento de los «derechos sociales» en un conjunto de «prestaciones positivas de la sociedad». Para sustentar el carácter universal de los derechos sociales se echa mano al valor de la «solidaridad», que le daría a éstos su «horizonte de universalidad». La dificultad del argumento proviene, sin embargo, del carácter «meta-jurídico» que, como lo admiten los autores, tiene el concepto de «solidaridad», y los límites de la tentativa reaparecen a partir del instante en que se busca determinar la forma jurídica que esta solidaridad exige: los derechos sociales serían derechos a prestaciones materiales, que aseguren los mecanismos de distribución; incluso los autores no dudan en definirlos como «derechos categoriales». El carácter universal parece esfumarse aún más cuando se llega a la cuestión de la modalidad concreta de esos «derechos»: «su realización efectiva constituye una tarea imposible» operando más bien como guías «para iniciar políticas concretas de integración social». De golpe, como ya ocurría en la argumentación tradicional, esos «derechos sociales» no parecen ser «derechos humanos» en sentido estricto. Algo que, por cierto, no escapa a los autores, que admiten que los derechos sociales «si bien se afirman como universales, dan origen a políticas particularistas» (BORGETTO y LAFORE).

La vieja tradición de desconfianza hacia la categoría de derechos sociales que irriga a la doctrina francesa se expresa también de manera subterránea, y quizás con consecuencias más graves, en cierta tendencia a utilizar como paradigma teórico de los derechos sociales a los llamados «derechos de ayuda social». Esta asimilación conlleva a una serie de consecuencias específicas, entre las que sobresale la absolutización del papel material del Estado en la efectividad de los «derechos sociales», que son encerrados en una modalidad de atribución de prestaciones o bienes (las llamadas *allocations*), dirigidos a su vez hacia una categoría particular de beneficiarios, los indigentes. No escapa al análisis que esta visión termina atentando contra la universalidad de los derechos sociales.

Sin embargo, en los últimos años, al calor de los importantes desarrollos doctrinales del derecho internacional y europeo y, sobre todo, de la importancia que ha adquirido el llamado «contencioso de los derechos» para reconstruir el derecho constitucional francés (una empresa que ha favorecido el contacto con otras culturas jurídicas europeas más abiertas en el tema que nos ocupa), se ha extendido la comprensión de la categoría de derechos sociales como derechos fundamentales. Por cierto, estos desarrollos no están exentos de ciertas ambivalencias, ligadas sin duda a la persistencia de la vieja tradición de rechazo de su carácter jurídico. Así, después de calificarlos de «fundamentales», se lee que los derechos sociales no son exigibles ante un juez... Las vacilaciones afloran incluso en algunos de los más agudos repre-

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

sentantes de la doctrina constitucional: así, luego de afirmar, con perfecta razón, que «una clasificación estricta que permita ordenar, de un lado, los derechos fundamentales que dan acceso a prestaciones y, del otro aquellos que serían caracterizados por una abstención del Estado, no puede ser mantenida, ya que todo derecho fundamental comporta cierta distribución de ambos aspectos», el mismo autor promueve la utilización de la categoría de «derechos créditos» porque ella subraya de manera adecuada el carácter de atribución de bienes de los derechos sociales (PFERSMANN). Y uno de los mejores especialistas de derecho internacional de los derechos humanos, luego de sostener que no hay separación estricta entre ambas categorías de derechos, debiéndose insistir en los tipos de obligación, positiva o negativa, que un mismo derecho puede reunir, afirma algunas páginas más lejos que los derechos sociales son «contingentes, subordinados a las posibilidades materiales de una sociedad dada en un momento determinado de su historia», e incluso que su naturaleza es aleatoria e incierta, sus términos imprecisos, en reglas que no serían aplicables directamente, reduciéndolos a «principios deseables» (SUDRE).

No sorprenderá tampoco entonces que algunos constitucionalistas hayan llegado a cuestionar la categoría de «derechos-créditos» por su amplitud, ya que ella permitiría dar a entender que los particulares tendrían derecho a reclamar ante un juez la concretización de un derecho social.

3.3. DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

En comparación con un desarrollo constitucional más bien restrictivo (si se lo compara con otras Constituciones europeas), el marco legislativo de los derechos sociales reviste desde siempre una gran extensión en el orden jurídico francés, dado que se lo considera tradicionalmente como el ámbito normativo específico para el reconocimiento de este tipo de derechos. Así, la Ley del 29 de julio de 1998, llamada de lucha contra la exclusión social, proclama, en su artículo 1.2 «el acceso efectivo de todos a los derechos fundamentales en materia de empleo, vivienda, protección de la salud, educación, formación y cultura, protección de la familia y la niñez».

Se pueden distinguir, a nivel infraconstitucional, una serie de grupos específicos de normas de contenido social, que son objeto de una «codificación» que ordena los textos legislativos y reglamentarios (en el campo del «Trabajo», «Seguridad social», «Salud pública», «Acción social y familia», «Educación» e incluso de la «Construcción» en materia de derecho a la vivienda).

Quizás convenga iniciar el análisis por las normas del derecho de la

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Seguridad Social, cuya conformación apuntó a desarrollar un conjunto de instituciones específicas ligadas a lo que se denominó por entonces la protección contra los «riesgos de la vida», que podían reducir o suprimir la capacidad de ingresos de los trabajadores y sus familias, como la enfermedad, la desocupación, los accidentes de trabajo, la maternidad, la vejez o las cargas de familia, en el marco de los nuevos modelos de Estado social que se generalizan en Europa desde el fin de la Segunda guerra mundial¹⁷³. En el caso de Francia, se trataba de un sistema que (siguiendo la modelización propuesta por el politólogo danés Gosta ESPING-ANDERSEN en un estudio clásico) tiene un marcado sesgo corporativo, ya que fue organizado menos sobre base universal que como un conjunto de prestaciones (y cotizaciones) ligadas al estatus profesional del trabajo asalariado, al menos en lo que respecta al régimen general (que convive aún hoy con un régimen agrícola y uno de profesiones independientes, entre otros).

El sistema de Seguridad Social francés se ha estructurado como un servicio público a través de un conjunto de normas que inaugura la famosa ordenanza del 4 de octubre de 1945 y dos leyes posteriores. La organización del sistema, co-administrado por las organizaciones sindicales y patronales a través de un conjunto de «cajas» repartidas en tres niveles territoriales sucesivos (departamental, regional y nacional), y financiada por las cotizaciones profesionales, abonaba la idea, nacida al calor de la tradición republicana (y aún hoy muy presente, como vimos, en la doctrina publicista), que la «solidaridad», esa «deuda social» que servía de fundamento al sistema¹⁷⁴, quedaba en manos de «la Nación» o «la colectividad», y no del Estado, lo que se expresaba por el papel de los «actores sociales» en su administración. El argumento se relativiza hoy, cuando parte de la financiación del sistema de Seguridad Social pasa por el impuesto, directamente, por ejemplo, a través de la llamada «contribución social generalizada» (la CSG) de 1991, o indirectamente (vía las contribuciones del presupuesto del Estado ante los déficits de ciertas ramas de la Seguridad Social). Incluso, el «equilibrio financiero de la Seguridad Social» ha alcanzado rango de exigencia constitucional (CC 2003-489 DC del 29 de diciembre de 2003). Al mismo tiempo, el sistema evolucionó hasta privilegiar un régimen general obligatorio, dividido en grandes «ramas» que cubren los grandes riesgos: enfermedad, accidentes de trabajo, vejez y familia (el desempleo queda cubierto en el marco de otro régimen jurídico).

La crisis del modelo del Estado benefactor basado en el pleno empleo

173. HERRERA, 2006.

174. La solidaridad es el principio sobre el que se funda la organización de la Seguridad Social (art. L-111-1, del Código de la Seguridad Social).

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

no sólo implicó la reducción de algunas de las prestaciones de la Seguridad Social sino que llevó también a la ampliación de los llamados «derechos de ayuda social», es decir un conjunto de prestaciones otorgadas sin condición de cotización y teniendo en cuenta los recursos del beneficiario, que tendieron a generalizarse desde principios de los años noventa. Esta garantía de los *minima sociaux*, financiados, con algunas excepciones, directamente por el presupuesto del Estado, incluyó tradicionalmente un conjunto de mecanismos de ayuda social muy específicos como el llamado RMI (sigla correspondiente a *Revenu minimum d'insertion*, creado en diciembre de 1988, y que fue el más importante de todos), la AAH (*l'Allocation adulte handicapé*, la más antigua, ya que nace en 1975), la ASS (que equivale a *Allocation de solidarité spécifique* de 1984), la API (es decir la *Allocation de parent isolé*), la PSD (la *Prestation spécifique dépendance*, de 1997), la CMU (la *Couverture maladie universelle*, de 1999), o la APA (la llamada *allocation personnelle autonomie*, creada en 2001), que buscan asegurar a los individuos que no cuentan con un ingreso económico estable o entran en la categoría de «precariedad» establecida a partir de un piso de recursos, un conjunto de prestaciones mínimas indispensables, en general a título transitorio, para su subsistencia en materia de ingreso, acceso al sistema de salud, vivienda o incluso acceso a la justicia. En estos casos, la categoría de «personas en dificultad» es completada por otras determinaciones sociales, como familia, niño, anciano, inválido o desocupado. El fundamento de estos derechos de ayuda social es, como en el caso de la Seguridad Social, el principio de solidaridad nacional, lo que lleva a veces a ciertas confusiones conceptuales sobre la extensión de ambos tipos de derechos.

Pero la crisis del Estado benefactor tocó también a la organización de estos derechos de ayuda social. En efecto, buena parte de estas prestaciones han sido actualmente transferidas a las colectividades locales, en particular a los departamentos, lo que contribuye aún más a hacerles perder su carácter «universal», incluso dentro de las fronteras nacionales. El *Conseil constitutionnel* ha convalidado dichas transferencias, sosteniendo que el «principio de la solidaridad nacional» no es, en sí, un obstáculo a «la institución de un mecanismo de solidaridad llevado a cabo por el departamento», debiendo la ley prevenir simplemente la aparición de rupturas caracterizadas de igualdad en la atribución de la prestación (CC 96-387 DC, del 21 de enero de 1997). Incluso, de manera más general, esta vez con respecto al principio de igualdad, el *Conseil constitutionnel* ha decidido que «el principio de igualdad no impone al legislador, cuando éste busca reducir las disparidades de tratamiento en materia de protección social, remediar de manera concomitante el conjunto de las disparidades existentes» (CC 99-416 DC, del 23 de julio de 1999).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La multiplicación de estos dispositivos particulares (que casi han llegado a la decena) condujo a darles un marco normativo más general, con la ya citada Ley del 29 de julio de 1998. El mismo proceso ha llevado también a la introducción de un *Revenu de solidarité active* (el llamado RSA, que se podría traducir como «renta de solidaridad activa») que entró en vigor a mediados de 2009. El RSA reemplaza el RMI y otros mecanismos de ayuda social como la API, aunque los objetivos declarados (para el actual Gobierno se trataba de la medida central en materia social del quinquenio) por sus promotores eran más ambiciosos: substituir la pura lógica de «asistencia» de los mecanismos de ayuda social, a través de la erección de un sistema de derechos y deberes tanto para los beneficiarios como para los poderes públicos. El objetivo es favorecer el ingreso o la vuelta al mercado laboral de «las personas en dificultad», pero también luchar contra la pobreza de ciertas categorías de trabajadores, al permitir acumular con mayor facilidad un salario, que se supone bajo, u otro tipo de retribución, con las alocaciones de ayuda. También se pretende cuantificar los objetivos gubernamentales de reducción de niveles de pobreza. El beneficio es atribuido a nivel departamental. No han faltado sin embargo las críticas sobre la confusión de estatutos que el sistema alimenta, a la vez trabajador (pobre) y asistido, lo que termina por consolidar la precariedad social del otrora protegido «empleo». Pero la crisis financiera mundial y europea amenaza incluso con reducir sus beneficios: se discute actualmente la posibilidad de imponer una obligación de trabajo gratuito en contrapartida a la prestación monetaria.

La evolución de ciertos derechos sociales ha sido más lineal. En el caso de los derechos de las mujeres, la garantía de igualdad fue consagrado en la Constitución de 1946 (apdo. 3 del Preámbulo), aunque el régimen de capacidad civil había sido ya modificado en profundidad en 1938 para las mujeres solteras. Al sufragio femenino, reconocido inmediatamente después de la *Libération*, le seguirán reformas legislativas más lentas en el plano de los regímenes matrimoniales (1965), autoridad parental (1970) y divorcio (1975). Durante mucho tiempo, la jurisdicción constitucional se opuso a toda distinción sexual en el ejercicio de la ciudadanía y la organización de la representación política (CC 82-146 DC del 19 de noviembre de 1982), pero finalmente una reforma constitucional, acaecida en julio de 1999, modificó el artículo 3 de la Constitución de 1958, agregando un nuevo apartado que precisa que *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, completando el dispositivo con un no menos novedoso párrafo en el artículo 4 que establece que los partidos políticos tienen la responsabilidad de garantizar dicho principio en las condiciones que determina la ley. Luego de la censura de un conjunto de disposiciones por parte del *Conseil*

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

constitutionnel, fue finalmente promulgada la Ley «tendiente a favorecer el igual acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y las funciones electivas», del 6 junio de 2000, previendo penalidades financieras para aquellos partidos que incumpliesen con la obligación de presentar un número igual de candidatos de distinto sexo en sus listas. Sin embargo, el *Conseil constitutionnel* realiza una interpretación restrictiva de dicho artículo 3, que sólo se aplica a las elecciones para mandatos y funciones públicas, pero no es pertinente para la composición de órganos dirigentes o consultativos de personas morales de derecho público o privado (CC 2006-533 DC, 16 de marzo de 2006). Desde el punto de vista de los derechos laborales, la afirmación de la igualdad de principio será efectivamente reconocida en la función pública, por la decisión del *Conseil d'Etat* del 6 de enero de 1956 (*Syndicat national autonome du cadre d'administration générale des colonies et sieur Montalivet*, que valida sin embargo una «derogación») y consolidada luego por el desarrollo del principio de no discriminación del derecho comunitario. La igualdad de salario por el mismo trabajo está inscrita en el Código de trabajo desde 1972, bien que su efectividad en ciertas ramas es ilusoria, y nuevas normas legales han buscado asegurar la igualdad profesional. El reconocimiento de un derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, validado por el *Conseil constitutionnel* en su gran decisión «IVG» (CC 74-54 DC del 15 de enero de 1975), ratificado en «IVG II» (CC 2001-446, del 27 de junio de 2001) será considerada como la fecha más importante en el camino de la emancipación de la mujer.

El derecho a la educación tiene bases normativas previas a la constitucionalización de los derechos sociales, ya desde finales del siglo XIX, constituyendo uno de los pilares del sistema republicano. El apartado 13 del Preámbulo de la Constitución de 1946 proclama que la Nación garantiza al niño y al adulto el acceso igual a la instrucción, a la formación profesional y la cultura, ligando este derecho global al deber específico del Estado de organizar la enseñanza pública, laica y gratuita a todos los niveles. El conjunto de normas fueron recogidas en el Código de la educación, que la postula como prioridad nacional.

El otro gran grupo de normas legislativas referentes a los derechos sociales lo forman las reglas aplicables al derecho de los trabajadores, que, desde un punto de vista histórico, están en el origen de los derechos sociales fundamentales. Sin remontar a los antecedentes del siglo XIX, se suele hablar de una «edad de oro» del derecho de trabajo que, entre 1936 y 1974, desarrolló un importante sistema de garantías para el trabajo asalariado (PÉLISSIER, SUIPIOT y JEAMMAUD). Si dejamos también de lado las importantes realizaciones que nacieron con el gobierno del llamado *Front populaire* y nos enmarcamos

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

en el constitucionalismo social francés, se debe señalar la Ley del 11 de febrero de 1950 sobre las convenciones colectivas y los conflictos de trabajo, y que crea además la institución del salario mínimo garantizado (el llamado por entonces «SMIG», luego sustituido por el actual SMIC, a partir de 1968). Sus normas permiten también terminar con la idea de que la huelga rompía el contrato de trabajo, regla ratificada un año después por la *Cour de cassation* (decisión Soc. 28 junio 1951).

Más tarde, en 1958, se sientan las bases del régimen de protección del desempleo, a partir de la creación de un seguro obligatorio, administrado paritariamente por los actores del mundo del trabajo, organizados en la llamada UNEDIC (Unión nacional interprofesional para el empleo en la industria y el comercio), que decide la creación de asociaciones específicas de intervención, denominadas «Assedic». Paralelamente, a finales de la década del sesenta, se crea la llamada ANPE (Agencia nacional para el empleo), que busca organizar por parte del Estado la política de ofrecimiento de empleos¹⁷⁵. Y la Ley del 13 de julio de 1973, completada luego por la Ley del 3 de enero de 1975, introduce un procedimiento enmarcado normativamente para despedir a los trabajadores, que sólo puede llevarse a cabo por «causa real y seria».

Un nuevo impulso legislativo se dará con la llegada de la izquierda al poder por primera vez en la V República, en particular con las llamadas Leyes Auroux de 1982, cuatro grandes normas que buscan fortificar la posición jurídica de los trabajadores en la sociedad, a través de una nueva reducción de la jornada legal de trabajo, el otorgamiento de una quinta semana de vacaciones pagadas, el fortalecimiento del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, nuevas garantías al derecho sindical, el desarrollo del derecho de la negociación colectiva, etc. Aunque algunos de estos tópicos pudieron ser profundizados aún después de la crisis del Estado benefactor y la extensión de la mundialización de la economía (en particular la duración legal del trabajo que las llamadas Leyes Aubry, de junio de 1998 y enero de 2000, redujeron al principio de 35 horas semanales), se juzga la etapa actual como de franco retroceso con respecto a los principios que inspiraron el derecho laboral después de la Segunda guerra mundial. Actualmente, se está desarrollando una intensa discusión sobre el futuro de un conjunto de normas específicas (protectoras) relacionadas con una actividad social como el trabajo (p. ej., en materia de contrato laboral), e incluso se ha llegado a poner en duda la permanencia de una disciplina jurídica propia. El *Conseil*

175. Ambas organizaciones (Assedic y ANPE) fueron reunidas en un «Polo empleo» a partir de enero de 2009.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

constitutionnel ha validado hasta ahora esas reformas, incluso cuando se retiran normas de garantía de la parte más importante del Código de trabajo (la parte legislativa), como algunas reglas sobre la *Inspection du travail* o los *conseils de prud'hommes* (CC 2007-561 DC, de 17 de enero de 2008).

En el marco de los llamados derechos sociales de prestación, el principal desarrollo legislativo de los últimos años tocó al derecho a la protección de la salud y, sobre todo, al derecho a la vivienda, cuya justiciabilidad está despertando las discusiones más interesantes. El primero de estos derechos dio lugar a numerosas decisiones de la jurisdicción constitucional, apoyándose en particular en el ya recordado apartado 11 del Preámbulo de 1946. Tradicionalmente, se considera que recubre el llamado derecho a la vida, pero sobre todo, un derecho de acceso a los cuidados y a la prevención de la salud, constituyendo, en la visión tradicional, un «objetivo de valor constitucional» más que un derecho fundamental (tal como se proclama en la Carta de la Organización Mundial de la Salud, y es recogido en numerosas normas del derecho positivo francés, como la Ley del 4 de marzo de 2002). Se ha discutido en doctrina si dicho apartado 11 encierra un derecho individual a prestaciones o simplemente opera como fundamento para el establecimiento de un sistema de protección en salud pública. Algunas decisiones de las dos máximas jurisdicciones de derecho público han permitido sin embargo, si bien en circunstancias excepcionales, revestirlo de las características de un derecho subjetivo¹⁷⁶, apoyándose en la «salvaguarda de la dignidad de la persona humana» que, como vimos, es un principio de valor constitucional.

La Ley del 4 de marzo del 2002, en particular, marca un enfoque del derecho a la salud que prioriza el punto de vista de los «derechos de los pacientes» ante el poder absoluto de los médicos, dándoles fundamento en la libertad de los mismos, vía el consentimiento y el respeto no sólo de los derechos de los usuarios del sistema de salud, sino también de los que llama «derechos de la persona enferma». En efecto, después de proclamar que «el derecho fundamental a la protección de la salud debe ser puesto en práctica por todos los medios disponibles en beneficio de toda persona», establece las bases de una «democracia sanitaria», donde los organismos que participan en el sistema de salud, las asociaciones de defensa de las personas enfermas y los usuarios cumplen un papel en el desarrollo de la prevención, garantizan el acceso igual de cada individuo a los cuidados necesarios para su estado

176. P. ej., prohibiendo la reconducción de un extranjero en situación irregular ante el peligro para su salud (CE, 13 de mayo de 1996) o estableciendo la obligación de asegurar a todo extranjero, sin condiciones, una ayuda médica. Aunque esta visión es criticada por la doctrina tradicional (MATHIEU, 1999).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de salud, asegurando la continuidad de los mismos y la mejor seguridad sanitaria posible.

Por su parte, el derecho a la vivienda ha sido objeto de un conjunto de normas legislativas que organizaban el acceso a la vivienda de las personas de bajos recursos al interior de la red habitacional social, administrada por las comunas, a través de un conjunto de organismos específicos. El control de estas normas dieron a su vez la ocasión al *Conseil constitutionnel* de expedirse sobre su estatuto constitucional, en particular en un conjunto de decisiones de mediados de los años noventa, sobre las que volveremos en el último apartado, y que facilitaron, por ejemplo que incluso el derecho a la vivienda sea calificado de «derecho fundamental» por la jurisdicción ordinaria (*Cour d'appel* de París, 15 de septiembre de 1995). La más importante de estas leyes ha sido la llamada Ley DALO (por *Droit au Logement Opposable*), del 5 de marzo de 2007, ya modificada por la Ley del 25 de marzo de 2009 (llamada de Movilización en favor de la vivienda) y cuyos efectos jurídicos plenos, es decir, la posibilidad de utilizar un recurso ante los tribunales administrativos abierta a todos los demandantes, recién se completan el 1 de enero de 2012.

Tal vez sea en el plano jurisprudencial que se encuentren los elementos más interesantes para determinar el lugar de los derechos sociales en el sistema jurídico francés.

El *Conseil d'Etat* se ha mostrado tradicionalmente más reacio en la interpretación de las garantías de los derechos sociales. Ciertamente, fue una decisión de esta alta jurisdicción (que por entonces ejercía cierta forma de control de constitucionalidad de los derechos) que, en una sentencia algo ambigua de 1950 (la ya citada decisión *Dehaene*), reconoció el carácter lícito (aunque limitable) de la huelga en la función pública, con base normativa en el texto del Preámbulo de 1946. En realidad, el *Conseil d'Etat* ha preferido apropiarse del contenido del Preámbulo bajo la forma de «principios generales del derecho», particularmente en referencia con el «principio de igualdad». Si el procedimiento ofrece ciertas garantías para el reconocimiento y la protección de algunos derechos sociales, la modalidad no permitía un verdadero avance de la categoría, lo que no deja de ser importante dada la tradicional relación de dependencia teórica de la doctrina administrativista. Por cierto, esta modalidad no fue óbice para que la suprema jurisdicción administrativa crease nuevos derechos sociales, como ocurriera con el llamado «derecho a llevar una vida familiar normal» (CE, 8 de diciembre de 1978, *GISTI*).

Sin embargo, con respecto a los otros «principios generales» enunciados

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

en el Preámbulo, por ejemplo el llamado «principio de solidaridad» reconocido en el apartado 12, el *Conseil d'État* consideró, en su decisión *Tallagrand* (CE, 29 de noviembre de 1968) que «en ausencia de disposición legislativa precisa», el enunciado no puede «servir de base a una acción contenciosa de indemnización», lo que relativizaba altamente la efectividad de los derechos sociales reconocidos en dicho texto. Luego de la emergencia de un «derecho a la vivienda digna» en la jurisprudencia constitucional, el *Conseil d'Etat* rechazó que se tratara de una «libertad fundamental», incluso con base constitucional, puesto que se trataría de un mero «objetivo», y por ende, no tendría ejecución directa. También en esa ocasión la suprema jurisdicción administrativa consideró que «las estipulaciones relativas al acceso de los particulares a la vivienda que están contenidas en ciertas convenciones internacionales ratificadas por Francia no crean más que obligaciones entre los Estados parte de dichas convenciones y no producen efecto directo con respecto a las personas privadas» (CE, 3 de mayo de 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*).

Pero el impulso principal ha venido de la jurisprudencia constitucional, al punto que los primeros comentaristas, habituados a la desconfianza del *Conseil d'Etat* hacia los derechos sociales, no dudaron en hablar de la «audacia» del *Conseil constitutionnel* ante sus primeras decisiones en materia de derechos sociales, lo que parecía justificarse al menos con respecto a lo que había sido hasta entonces la tradición jurídica francesa. Aunque los consejeros constitucionales han subrayado siempre que «su poder general de apreciación y de decisión» no sea idéntico que el otorgado por la Constitución al Parlamento, lo que impide, en particular, determinar si el objetivo que se asigna al legislador podía ser alcanzado por otras vías, al menos mientras la modalidad retenida no es manifiestamente inapropiada para sus fines (CC 2006-535 DC, del 30 de enero de 2006). Ratificando el principio, una decisión sobre el derecho al empleo agrega que el legislador debe permitir su ejercicio al mayor número posible de personas (CC 2010-98, QPC, de 4 de febrero de 2011). Y pronto comenzará a hablarse de «interpretación restrictiva» en lo que hace a la obligatoriedad del Preámbulo de 1946 con respecto al legislador (p. ej., CC 2010-91, QPC, de 28 de enero de 2011).

Ya hemos visto que fue el desarrollo de una jurisprudencia del *Conseil constitutionnel*, a partir de los años setenta, que permitió la emergencia constitucional de los derechos sociales. En particular en lo que hace a los llamados «derechos constitucionales de los trabajadores», es decir aquellos reunidos en los apartados 5 (segunda parte), 6 y 7, que protegen el derecho de huelga, el derecho y las libertades sindicales y el derecho de participación en la determinación de las condiciones colectivas de trabajo serían verdaderos de-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

rechos fundamentales en la tradición constitucional europea, es decir su protección sería invocable directamente ante el juez. Sin embargo, dicho carácter no los blindó contra la intervención del legislador, que organiza su ejercicio. Se discute más, en cambio, la extensión de la garantía ofrecida a los derechos sociales de prestación desarrollados en los apartados 5, 8 y siguientes del Preámbulo de 1946. Cuando el *Conseil constitutionnel* utiliza la categoría de «objetivo constitucional», sus decisiones han insistido sobre todo en el papel del legislador en la realización de los mismos (CC 98-403 DC, de 29 de julio de 1998, CC 2004-505 DC, 19 de noviembre de 2004)¹⁷⁷.

Un conjunto de evoluciones recientes en materia de jurisprudencia constitucional ha alimentado ciertos resquemores de la doctrina más progresista en materia de derechos sociales. En un primer momento, la «constitucionalización» de los derechos de los trabajadores despertó la simpatía en este sector doctrinal, ya que dichos derechos eran elevados así a la categoría de libertades públicas de ejercicio colectivo (sobre todo, los apartados 6, 7 y 8 del Preámbulo de 1946, ya recordados). Pero la interpretación constitucional pronto mostrará ciertos límites con respecto a los otros derechos sociales reconocidos en los apartados 5, 11 y 13. En una jurisprudencia constitucional reciente, iniciada con la decisión del 12 de enero de 2002 (CC 2001-455 DC), la llamada «libertad de emprender» (que había sido «constitucionalizada» en 1982, a partir de una interpretación amplia del art. 4 de la Declaración de 1789 por parte del *Conseil constitutionnel*) ha aparecido como un principio que puede servir para controlar fuertemente las decisiones del legislador, en particular en materia de «derecho a obtener un empleo», avatar del antiguo «derecho al trabajo», reconocido en el apartado quinto. En una jurisprudencia más antigua sobre este mismo apartado quinto, de 1983, el poder del legislador, en cambio, había sido ampliamente afirmado por el *Conseil constitutionnel*. Ahora las alternativas promovidas por el Gobierno para desarrollar el derecho a obtener un empleo pueden ser controladas en relación con la «libertad de emprender», que tendría, en la medida que se trata de un derecho fundamental (y no de un objetivo), que surge de la Declaración de 1789, cierta preeminencia. La conciliación entre ambas reglas, de estatuto diferente, sería favorable, a aquella de esencia liberal. Más allá del caso puntual, se ha querido ver un primer paso hacia la jerarquización, por parte de la máxima jurisdicción constitucional, de los derechos y libertades, que venía siendo reclamada por los sectores más conservadores de la doctrina.

177. Lo que ha dado pie, a la doctrina constitucional dominante, a sostener que tales derechos sociales no podrían, en principio, ser invocados por los individuos en ausencia de la ley (FAVOREAU y PHILIP), una posición que se apoya en la tradicional jurisprudencia del *Conseil d'Etat*.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

En efecto, en continuidad con la separación entre derechos de primera y segunda generación, se ha sostenido que la Declaración de 1789 reconoce los derechos del hombre en tanto hombre, es decir con abstracción de toda consideración de desarrollo económico y social. En cambio, el Preámbulo de 1946 sólo garantiza derechos doblemente condicionados, por la situación histórica en general, y por el estatuto de sus beneficiarios, en particular. Estos autores subrayan una célebre decisión del *Conseil constitutionnel*, controlando la ley de nacionalización de la primera presidencia de François Mitterrand donde se dice que el Preámbulo de 1946 «tiende sólo a completar» la Declaración de 1789 (CC 81-132 de 16 de enero de 1982)¹⁷⁸. De manera general, una parte muy importante de la doctrina, tanto constitucional como administrativa, ha considerado que dado que vivimos bajo un régimen liberal y que, por consiguiente, los derechos sociales ocuparían un lugar «finalmente menor [...] dentro del edificio constitucional», el juez constitucional podría tener un mayor control sobre el poder de apreciación del legislador en dicha materia, ya que en un régimen liberal habría «un límite de primer orden con respecto a la amplitud de los derechos sociales»¹⁷⁹. Sin embargo el *Conseil constitutionnel* ha rechazado hasta ahora toda jerarquización formal entre derechos fundamentales, lo que permite pensar que los derechos reconocidos en ambos textos tienen la misma virtualidad. Esta jerarquización de derechos fue promovida incluso con respecto al llamado «principio de no regresión de los derechos fundamentales» (denominado *effet cliquet* en la doctrina francesa). Dicho principio, que opera como una garantía particular para impedir que una nueva norma legal reduzca o prive de efectos a derechos ya reconocidos constitucionalmente, no se aplicaría, según sostuvieron caracterizados representantes de la doctrina tradicional, a los derechos económicos y sociales, en particular de prestación. Sin embargo, un conjunto de decisiones del *Conseil constitutionnel* han extendido la garantía de no regresión a los derechos sociales constitucionales; incluso para aquellos presentados como «objetivos», tales como el derecho a la vivienda o la protección de la familia. En sendas decisiones, analizando un conjunto de medidas gubernamentales sobre la vivienda, las asignaciones familiares o la jubilación, típicos derechos de prestación, el *Conseil constitutionnel* ha sostenido que el amplio poder reco-

178. A decir verdad, el verbo «completar» no existe en el texto de 1946, donde, después de haber reafirmado los derechos y libertades de la Declaración de 1789 (y los llamados «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República»), «proclama, además» los nuevos principios. El verbo «completar» se utiliza, en cambio, en el Preámbulo de la Constitución de 1958, donde se dice que la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano fue «confirmada y completada» por el Preámbulo de 1946, la utilización conjunta de ambos verbos parecería dar el mismo estatuto a ambos derechos.

179. PRÉTOT, 1991.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nocido al legislador para modificar, abrogar, substituir disposiciones en la materia y apreciar la oportunidad de tales medidas, no puede «llevar a privar de garantías legales las exigencias de carácter constitucional», como el objetivo de una vivienda decente o las obligaciones contenidas en los párrafos 10 y 11 del Preámbulo de 1946 (CC 94-359 DC, de 19 de enero de 1995; CC 97-393 DC, de 18 de diciembre de 1997; CC 2010-617 DC, de 9 de noviembre de 2010).

La desconfianza de los representantes más progresistas de la doctrina publicista se ha extendido a la categoría de «derecho fundamental», que favorecería la constitucionalización de libertades económicas contra aquellas normas de contenido social, por lo que se promueve el mantenimiento de la categoría de derechos humanos, que se prestaría menos a ese tipo de utilización (CHAMPEIL-DESPLATS, y SUPIOT). Ya en el marco del derecho laboral, la prioridad cada vez mayor dada al carácter de «persona» sobre la categoría de «trabajador» para juzgar la protección de los derechos dentro del espacio de la empresa, que se tornaban así cada vez menos «colectivos» y más «individuales», había sido también una fuente de inquietud, en la medida en que se la juzgaba como un medio para facilitar la flexibilización laboral y reducir la especificidad protectora de las normas laborales, al ocultar el carácter desigual de la relación de trabajo.

En todo caso, la constitucionalización de lo social llevada a cabo por el *Conseil constitutionnel* conserva a nuestro entender muchos de sus rasgos positivos. No sólo el derecho sindical y el derecho de participación de los trabajadores en la determinación de las condiciones colectivas de trabajo han sido explícitamente calificados de «principios y reglas de valor constitucional», sino incluso ha ocurrido lo propio con el «derecho al empleo» (CC 98-401, de 10 de junio de 1998). Y al aparecer como una «exigencia constitucional» (contrariando a quienes veían en el «derecho al trabajo» un mero principio político), le da el carácter de una norma de plena juridicidad, produciendo a su vez efectos normativos directos y específicos y garantías concretas, por ejemplo, en materia de despido (CC 2004-509 DC, de 13 de enero de 2005).

De hecho, cuando el *Conseil constitutionnel* establece, aun bajo la forma de «objetivos de valor constitucional», derechos «sociales» como el derecho a una vivienda digna a través del principio de la «salvaguarda de la dignidad de la persona humana» (en la ya citada decisión CC 94-359 DC, del 19 de enero de 1995), una doctrina constitucional «autorizada» no dejará de denunciar una «anomalía», ya que dicho principio sería propio a «los derechos fundamentales de esencia liberal». Dado que los «derechos sociales» serían contingentes, su incorporación a través de un principio absoluto, inherente a la calidad humana, plantearía un «grave problema», ignorando la separa-

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

ción que existe entre estos dos tipos de derechos. Como se puede observar, en este tipo de razonamiento se establece un dique para evitar la conexión directa entre el principio de dignidad de la persona humana y las demandas sociales. Las exigencias sociales podrían traducirse jurídicamente, a lo sumo, bajo la forma de un «objetivo» constitucional, pero de ningún modo pueden ponerse en el mismo plano que los «derechos fundamentales», donde en cambio, sí se incluye el derecho de propiedad privada. Una primacía de los derechos sociales sobre los derechos liberales, sería, además, «fuente de totalitarismo»¹⁸⁰. El *Conscil Constitutionnel*, sin embargo, al reconocerlo como «objetivo de valor constitucional», restringe taxativamente las limitaciones excesivas del derecho de propiedad (CC 2011-169, QPC, de 30 de septiembre de 2011).

Al calor de la influencia europea (y en particular de la jurisprudencia de la CEDH), otras evoluciones se han producido. En particular, la decisión de la Sala social de la *Cour de cassation* del 16 diciembre 2008 (*Eichenlaub c/Axia Francia*) ha abierto la vía a la invocabilidad directa de los tratados internacionales en materia de derechos sociales, que producirían efectos, no menos directos, en derecho interno, como ya había ocurrido en referencia a la Convención de salvaguarda de derechos de los niños. En efecto, la alta jurisdicción decidió la aplicación directa, en derecho interno, del artículo 6.1 del PIDESC, que reconoce a toda persona el derecho de ganar libremente su vida por un trabajo libremente elegido o aceptado, que impide que un trabajador, sumido a una obligación de no concurrencia, sea privado de contrapartida financiera con la excusa de haber sido despedido por falta grave. La decisión ha sido subrayado con mayor acuidad aún, por el hecho que la Corte utilizó el texto de oficio, sin que la aplicación fuera requerida por las partes. Actualmente, se espera del *Conseil d'Etat* la ocasión de modificar su doctrina tradicional de no reconocimiento de la invocabilidad y del efecto directo de los tratados internacionales en materia de derechos sociales, esta vez en referencia al derecho a la vivienda, siguiendo una vía abierta por el Tribunal Supremo de Mónaco.

3.4. GARANTÍAS

De manera tradicional, se considera que buena parte de los enunciados del Preámbulo de 1946, aun después de haber sido constitucionalizados por el *Conseil constitutionnel*, no son lo suficientemente explícitos o son demasiado vagos para dar lugar a un derecho invocable directamente por los particulares contra la administración. Se trataría de «principios», políticos ante todo,

180. MATHIEU, 2002.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

que no crean derechos y obligaciones de manera directa e inmediata, aunque la técnica seguida ha permitido incluir algunas de estas prescripciones a título de «principios generales del derecho», o incluso de «principios constitucionales», sancionando así la aceptación de la cosa juzgada constitucional. Pero el *Conseil d'Etat* ha sostenido que la proclamación de un «derecho crédito» no tiene por efecto obligar a los poderes públicos a garantizar ese derecho, y por ende, un individuo no puede invocarlo para obtener una ventaja particular (CE, 8 de diciembre de 1978, *GISTI*).

El régimen de garantías de los derechos sociales en el orden jurídico interno es complejo, tanto en lo que hace al derecho en sí como en lo que respecta al tipo de jurisdicción¹⁸¹. En el derecho constitucional francés no existía hasta hace muy poco una acción de inconstitucionalidad puesta en manos de los particulares, y ni siquiera un recurso indirecto, del tipo recurso de amparo o recurso de tutela. Sin embargo, la reforma constitucional del 23 de julio de 2008 ha previsto la posibilidad, en el curso de un proceso ante una jurisdicción, de un reenvío al *Conseil constitutionnel*, por intermedio del *Conseil d'Etat* o de la *Cour de cassation*, de una disposición legislativa que pudiese afectar un derecho o una libertad reconocidos por la Constitución (art. 61.1). El procedimiento de la llamada «cuestión prioritaria de inconstitucionalidad» ha entrado en vigencia el 1º de marzo de 2010, con la Ley Orgánica del 24 de noviembre 2009. Las primeras demandas llegaron al alto tribunal en abril, que el 27 de mayo 2010 (decisión n° 2010-1 QPC), tras la audiencia pública prevista en el procedimiento, dictó su primera sentencia, que toca al problema de los derechos sociales. En efecto, el *Conseil constitutionnel* declaró la inconstitucionalidad de un conjunto de normas que establecían una diferencia en el tipo de revalorización de las pensiones de antiguos combatientes, según fuera su origen (francés o extranjero), aun cuando residiesen en el mismo país, en nombre del principio de igualdad. La decisión obliga al legislador a modificar la legislación antes de 1º de enero de 2011¹⁸². Es dable suponer que el desarrollo de dicha excepción de inconstitucionalidad traerá cambios importantes, al menos a mediano plazo, en la evolución del *Conseil constitutionnel* hacia una corte constitucional de tipo europeo¹⁸³. Al mismo

181. Dejamos de lado, por razones de espacio, la incidencia de las normas supra-estatales en el régimen de garantía de los derechos sociales, sobre todo de derecho europeo y de Derecho comunitario.

182. El *Conseil constitutionnel*, en nombre de su doctrina sobre el principio de igualdad, no se opone a que se mantenga la diferencia con respecto a los antiguos combatientes que no residen en el territorio francés, pero sin distinción de nacionalidad.

183. Las últimas nominaciones de miembros del *Conseil constitutionnel*, en febrero de 2010, y que han recaído en políticos de reconocida trayectoria, se ha interpretado como un intento de alejar el fantasma de una evolución hacia una Corte constitucional de tipo europeo. Recordemos que dos antiguos presidentes de la República (Giscard d'Estaing y Chirac) participan actualmente de las decisiones del tribunal.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

tiempo, se ha creado la figura del «Defensor de los derechos» (art. 71.1), inspirada en la experiencia española del defensor del pueblo, pero que espera una ley orgánica para determinar el perímetro de sus funciones, que está en discusión en estos momentos en el Parlamento. Cabe precisar, además, que no existe en derecho constitucional francés un «Poder judicial» en la tradición norteamericana (la Constitución de 1958 habla, en su título VIII, de «autoridad judicial» cuya garantía de independencia es confiada al... Presidente de la República).

Tenemos por un lado las garantías constitucionales, cuya extensión puede variar según la interpretación dada por el *Conseil constitutionnel*. En lo que hace a los «derechos de prestación» se considera que corresponde al legislador desarrollar tales «derechos», que son de carácter programático. Así, por ejemplo, si se reconoce como exigencia constitucional «la puesta en marcha de una política de solidaridad nacional en favor de los trabajadores jubilados», el legislador es libre de decidir «las modalidades concretas que le parecen apropiadas» para satisfacer esta exigencia (CC 2003-483, de 14 de agosto de 2003). Lo que equivale a decir que el derecho, aun reconocido constitucionalmente, sólo puede ser garantizado una vez adoptada la ley (y, sobre todo, su decreto de aplicación) que lo organice. Se considera así que el derecho constitucional positivo no ofrece una garantía de puesta en práctica efectiva de un derecho social reconocido en ausencia de norma legislativa. En cambio, el *Conseil constitutionnel* sería un garante, como acabamos de ver más arriba, de la no regresión en materia de derechos sociales constitucionales.

En un sistema que, aun evolucionando hacia nuevas formas de control de constitucionalidad de los derechos y libertades, sufre de la ausencia de una verdadera corte constitucional (aunque más no sea por la composición del *Conseil constitutionnel*), la protección constitucional de los derechos fundamentales (no sólo sociales), tiene sus límites, se considera que el llamado «control de convencionalidad de las leyes» es mucho más eficaz en ese plano, al menos para los derechos reconocidos en el CEDH¹⁸⁴. Pero el *Conseil d'Etat* ha negado que las normas del PIDESC produzcan efectos directos con respecto a los particulares, que no pueden invocarlas por ejemplo contra un decreto relativo a las «prestaciones familiares» (CE, 5 de marzo de 1999, *Rouquette et autres*).

Las jurisdicciones encargadas de la protección de los derechos y libertades presentan una dualidad de orden, judicial y administrativo, separación que se asienta en una norma de 1790. Pese a que el valor constitucional de

184. WACHSMANN, 2008.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la dualidad ha sido relativizado por el *Conseil constitutionnel*, el sistema posee un conjunto de especificidades (no sólo en materia social, a decir verdad) que limitan de alguna manera su rol de contra-poder. Baste recordar, en lo que hace a la jurisdicción administrativa, que su máxima instancia, le *Conseil d'Etat*, actúa también como consejero del Gobierno.

Ambos órdenes jurisdiccionales, ordinario y administrativo, tienen vocación a conocer al menos algún aspecto del conjunto de los derechos sociales, lo que transforma al sistema de garantías en altamente complejo y desperdido. Si la protección de la libertad individual queda, en principio, en manos de la autoridad judicial (art. 66 de la Constitución de 1958), el juez administrativo es la jurisdicción competente para anular las decisiones tomadas por el Poder ejecutivo en ejercicio de sus prerrogativas de autoridad pública, como lo ha reconocido la jurisdicción constitucional (CC 86-224 DC, de 23 de enero de 1987). La posibilidad de anular o modificar todo acto de la administración era de por sí una garantía importante, pero también el contencioso de libertad ante el juez administrativo ha sido reforzado a través de una serie de recursos específicos desarrollados para proteger una libertad fundamental, es decir, consagrada por la Constitución, incluso en situación de urgencia, en particular con el llamado *référé-liberté* instaurado por la Ley del 30 de junio de 2000. Estos recursos se aplican a derechos sociales como el derecho de huelga o la libertad sindical, pero quedan excluidos, al menos en las sentencias conocidas hasta ahora, los derechos sociales de prestación. En efecto, la jurisdicción administrativa lo ha señalado con respecto al derecho a la obtención de un empleo o el derecho a la vivienda digna, que no pueden ser invocados directamente por los individuos ante un juez, ya que no son (en una lectura que ha sido calificada con mucha pertinencia de prejuicio restrictivo¹⁸⁵), «libertades fundamentales» pese a tener reconocimiento constitucional. La posición restrictiva del *Conseil d'Etat* se ha expresado incluso ante principios constitucionales como el derecho de participación de los trabajadores en la determinación de las condiciones colectivas de trabajo y a la gestión de la empresa, que, según la instancia administrativa no tiene efectos directos hasta antes de la aprobación de una ley (CE, 8 de julio de 1986, *Syndicat des commissaires de police*).

En el plano más específico de los llamados derechos de los trabajadores, rige también lo que la doctrina denomina la «pluralidad de contenciosos». Existen, en efecto, al menos tres jurisdicciones, con diferentes tipos de recurso posible, que pueden resultar competentes para una misma situación laboral. A la jurisdicción administrativa, que controla la legalidad de las deci-

185. WACHSMANN, 2007.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

siones reglamentarias o los actos individuales de la administración, y a la jurisdicción ordinaria, se le suma la llamada jurisdicción de conciliación paritaria (los *Conseils des prud'hommes*, una instancia formada por «magistrados» electos por los asalariados y los empresarios). En verdad, las decisiones de los *prud'hommes* son siempre controladas por la jurisdicción ordinaria, cuya última instancia es la *Cour de cassation* (tanto en su Sala social, creada a finales de los años treinta, como en su Sala criminal, si se diera el caso de violaciones en dicha materia). En cambio, el juez judicial es, en principio, competente para las llamadas «libertades colectivas», también llamadas «libertades sociales» o aún «garantías fundamentales del derecho del trabajo», aunque no pocos extremos caben dentro de los recursos propios a la jurisdicción administrativa, y en particular lo que respecta al empleo en la función pública.

El sistema contencioso de la Seguridad Social, por su parte, presenta las dificultades propias de un servicio público cuya administración es dejada básicamente en manos de organismos privados (DUPEYROUX). Buena parte de los recursos que pueden utilizar los particulares para reclamar sus derechos está confiada a un conjunto de jurisdicciones especiales, mientras que las cuestiones más generales quedan en manos de la justicia ordinaria, organizada en tribunales de asuntos sociales, Cortes de apelaciones, y finalmente *Cour de cassation* (al interior de la cual es competente la segunda Sala civil). Es importante señalar que su régimen se aplica directamente a los extranjeros residentes en el territorio nacional, incluso en lo que se refiere a las prestaciones no contributivas, según una jurisprudencia del *Conseil constitutionnel* y de los tribunales ordinarios, armonizada luego por la Ley del 11 de mayo de 1998.

El derecho a la educación ha dado lugar a la condena financiera del Estado por parte de los tribunales administrativos e incluso, más recientemente, por el *Conseil d'État* frente a la ausencia de un dispositivo adecuado para los niños que sufren de una minusvalía física o mental.

Pero en lo que respecta a las garantías jurisdiccionales, se deben notar un conjunto de evoluciones importantes que se están produciendo en estos momentos. La Ley del 5 de marzo de 2007 sobre derecho a la vivienda oponible, que entró en vigor en enero de 2008, sin dejar los tradicionales acentos administrativistas de la política social, creó una forma de exigibilidad jurisdiccional, ante el juez administrativo, que opera a través de un recurso contencioso, desarrollado de manera gradual, una vez agotadas las instancias propiamente administrativas¹⁸⁶. A partir del 1 de diciembre de 2008 los

186. El Tribunal administrativo de París, en decisión del 20 de mayo de 2008, tuvo una primera ocasión de examinar un recurso, contra la decisión de la Comisión de mediación, por el rechazo de una demanda de vivienda en el marco del procedimiento previsto en la ley. La norma prevé, en efecto que para atribuir una vivienda

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

demandantes reconocidos como beneficiarios del derecho por la Comisión, pero que no hubieran obtenido un alojamiento después de un período razonable, pueden asignar, siempre ante los tribunales administrativos, directamente al Estado, utilizando el recurso jurisdiccional *stricto sensu*. En caso de incumplimiento de su obligación (en un plazo que va de tres a seis meses según las zonas del país), el Estado puede ser condenado al pago de una penalidad financiera, que debe servir a alimentar el fondo de construcción de viviendas sociales. Rápidamente, un conjunto de decisiones vieron la luz. Así, en febrero de 2009, el Tribunal administrativo de París, siguiendo ya un conjunto de decisiones de los tribunales de Niza y Bayona, ordenó al Estado proveer de alojamiento a un conjunto de familias en el plazo de dos meses, pasados los cuales deberá pagar la suma de 100 euros por cada día vencido, condenándolo asimismo a hacerse cargo de los gastos de justicia. Un tribunal puede controlar también si el ofrecimiento hecho por el Estado se adecua a las necesidades del demandante: así un alojamiento sin ascensor, para una persona con problemas de invalidez, ha sido juzgada inadaptada (TA Cergy-Pontoise, 6 de marzo de 2009).

Aunque las decisiones en este sentido se multiplicaron, pronto se consideró que el mecanismo jurisdiccional no se mostraba suficientemente efectivo para la importante demanda, sobre todo en la región parisina¹⁸⁷.

Alentado de algún modo por estas dificultades, un debate, cada vez más general, se está produciendo sobre el problema de la justiciabilidad de los derechos sociales, a partir del derecho a la vivienda, impulsado en parte por el informe público del *Conseil d'Etat* «Droit au logement, droit du logement», que analiza las primeras aplicaciones de la Ley DALO en un marco más general de reflexión, que entiende contribuir, en palabras de su Vicepresidente, a una «mejor gobernanza». Para el *Conseil d'Etat* (que, como se ha recordado, no opera únicamente como una jurisdicción sino como consejero del Gobierno en materia legal) la efectividad del derecho a la vivienda pasa menos por un mecanismo jurisdiccional que por una política y una legisla-

protegida al demandante, su situación debe reunir dos extremos, «prioridad» y «urgencia» y, en el caso juzgado, la Comisión de mediación rechazó el pedido por tratarse de un caso prioritario, pero no urgente. El juez administrativo, por el contrario, consideró que la situación de la demandante (una mujer sola a cargo de dos hijos menores de edad) era constitutiva de «urgencia» y ordenó un nuevo examen de la demanda por parte de la Comisión, en el plazo de un mes, que terminó otorgando el alojamiento. Dos decisiones del Tribunal administrativo de París, en diciembre de 2010, recuerdan que se trata de una obligación de resultado por parte del Estado, y que, en caso de carencia, su responsabilidad *par faute* queda comprometida, condenando monetariamente a la administración por el perjuicio ocasionado.

187. Para una síntesis de los datos producidos, ver «Logement: un droit opposable?», *Le Monde*, 2 de diciembre de 2009.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

ción tendiente a aumentar el número de viviendas, y de manera general, lo que el informe llama púdicamente «los obstáculos estructurales». No por casualidad el informe se detiene con gran minuciosidad sobre el derecho del alojamiento, para subrayar su complejidad (en la medida que coexisten cuatro tipos de legislación diferente) y su inflación (ya que cada legislatura agrega cambios importantes), lo que termina llevándolo a una difícil comprensión para los ciudadanos. Para el *Conseil d'Etat*, la Ley DALO, luego de haber despertado importantes expectativas, corre el riesgo de producir no menos grandes decepciones. En parte porque sostiene que la norma no garantiza estrictamente «un derecho subjetivo a la atribución efectiva de una vivienda», sino un recurso específico que ofrece menos garantías que un recurso de derecho común. Pero pareciera que encontramos algunas de las tensiones propias, y quizás los límites, de ver en la exigibilidad ante el juez como una «técnica» para asegurar la eficacia un derecho programático.

En todo caso, la importancia de este incipiente mecanismo jurisdiccional reside en el hecho de contribuir, aunque más no sea modestamente, a mellar el mito, tan acendrado en la tradición jurídica francesa que acabamos de presentar sintéticamente, que los derechos sociales sólo serían exigibles una vez que el acreedor haya reconocido su deuda.

4. PORTUGAL*

4.1. CONSTITUCIÓN

La Constitución de la República Portuguesa (CRP) de 1976¹⁸⁸ constituye un paradigma de generosidad en la consagración de un catálogo extenso y propio de derechos sociales, los cuales cobran dignidad constitucional expresa en el texto fundamental, coexistiendo con el catálogo de los «derechos, libertades y garantías» (personales, de participación política y de los trabajadores).

No resulta difícil comprender esta opción del legislador constituyente. La Constitución de 1976, aprobada tras la revolución de 25 de abril de 1974, que puso fin al régimen del *Estado Novo*, hostil a los derechos fundamentales, se mostró de inmediato comprometida con la construcción de una «sociedad libre, justa y solidaria» (art. 1) y estructurada sobre el principio del Estado

* Por Catarina SAMPAIO VENTURA. El presente texto no vincula a la institución donde la autora ejerce sus funciones.

188. La Constitución de 1976 fue reformada en siete ocasiones: 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 y 2005. El texto constitucional vigente se encuentra disponible en <http://dre.pt/pdf1sdip/2005/08/155A00/46424686.pdf>.