
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>.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

democrático de derecho, afirmando el objetivo de la «realización de la democracia económica, social y cultural» (art. 2).

Además, entre las fuentes de la Constitución sobresale la inspiración en el Derecho internacional de los derechos humanos, empezando por la DUDH. Sin embargo, es de destacar el carácter, en muchísimos aspectos, innovador y ampliatorio del texto constitucional portugués con respecto a la salvaguardia, en el orden jurídico interno, de los derechos sociales.

La Historia constitucional portuguesa desvela que las Constituciones precedentes¹⁸⁹ no han resultado del todo inmunes al acogimiento de algunas dimensiones de significado social, aunque, obviamente, con una distinta comprensión de la que hoy prevalece a respecto de los derechos sociales como derechos fundamentales. Así, con relación a las Constituciones monárquicas, sobresalen las determinaciones en materia de educación¹⁹⁰ y asistencia social¹⁹¹, las cuales marcan también el primer documento constitucional republicano¹⁹². Impregnada de una intención social propia (la filosofía corporativa), la Constitución de 1933 señalaría después, de forma más aguda, las «directivas de actividad estatal»¹⁹³ dirigidas a la satisfacción de ciertas dimensiones sociales, específicamente incorporando una intención de justicia social, reconociendo el derecho al trabajo, estructurando la sociedad sobre los pilares orgánicos de la familia y de las corporaciones asistenciales, culturales y económicas, así como fijando tareas del Estado en el marco de la educación¹⁹⁴.

En la actualidad, la Constitución vigente consagra los «derechos y deberes económicos, sociales y culturales» en el Título III¹⁹⁵ de su Parte I, dedicada a los «derechos y deberes fundamentales». Los derechos económicos (arts. 58 a 62) se refieren al estatuto económico de las personas, sea como titulares del derecho al trabajo, sea en su rol de trabajadores, de consumidores, de emprendedores o de propietarios, mientras que los derechos sociales (arts. 63 a 72) comprenden tanto los derechos concernientes a las condiciones de una existencia en dignidad (Seguridad Social, salud, vivienda y medio ambiente), como los pertenecientes a colectivos que reclaman una protec-

189. Los textos de las cinco Constituciones anteriores a la Constitución de 1976 pueden consultarse en la compilación de MIRANDA, 2004.

190. *Vid.* arts. 237 a 239 de la Constitución de 1822; arts. 145.30 y 145.32 de la Carta Constitucional de 1826; y arts. 28 y 29 de la Constitución de 1838.

191. *Vid.* art. 240 de la Constitución de 1822; art. 145.29 de la Carta Constitucional de 1826; y art. 28 de la Constitución de 1838.

192. *Vid.* arts. 3.10, 3.11 y 3.29 de la Constitución de 1911.

193. CANOTILHO y MOREIRA, 2007, p. 296. *Vid.*, a su vez, MIRANDA, 2005, pp. 271-310.

194. *Vid.* arts. 6.3, 8.1.A, 11 a 16 y 42 a 44 de la Constitución de 1933.

195. Arts. 58 a 79 del texto constitucional actual.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

ción jurídica específica (familia, padres y madres, niños, jóvenes, personas con discapacidad y tercera edad). El tríptico se remata con los derechos culturales (arts. 73 a 79), los cuales pueden agruparse en derechos referentes a ciertos bienes culturales fundamentales (educación y enseñanza, ciencia, cultura y deporte) y derechos relativos a las instituciones directamente concernidas con la garantía del ejercicio de aquellos derechos (escuela, universidad y demás instituciones de enseñanza superior)¹⁹⁶.

No obstante, obsérvese que los derechos sociales no agotan su relevancia constitucional en el citado catálogo de derechos fundamentales. Aparte de los ya mencionados artículos 1 y 2 CRP, las dimensiones inherentes a la democracia económica, social y cultural se encuentran también, distinguidamente, en el cuadro de las misiones fundamentales del Estado [art. 9.d)], así como en el marco de la Constitución económica (en particular, arts. 80, 81 y 90).

En lo que concierne específicamente a la evolución del texto constitucional originario, el saldo de las reformas constitucionales se revela francamente positivo, ya que las mismas han aportado en general, con más o menos intensidad, una densificación normativa de los derechos sociales fundamentales¹⁹⁷.

Regístrese que la primera reforma constitucional (1982)¹⁹⁸ materializó, entre otras, una «sustancial disminución de la componente ideológica-programática»¹⁹⁹, característica del texto primitivo de la CRP y espejo de la dimensión revolucionaria en la cual despuntara el orden constitucional posterior al 25 de abril. A este respecto, debe, por ejemplo, mencionarse la supresión del precepto que establecía la apropiación colectiva de los principales medios de producción como garantía y condición del ejercicio efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales (primitivo art. 50).

En ese momento, el legislador constituyente clarificó también su comprensión sobre un conjunto de derechos de los trabajadores y de sus organizaciones, alterando la sistematización de la ley fundamental, por vía de la introducción de un nuevo capítulo sobre «derechos, libertades y garantías de los trabajadores»²⁰⁰, los cuales transitaron del Título III (catálogo de los

196. Seguimos próximamente la sistematización de CANOTILHO y MOREIRA, 1991, p. 114 y 2007, p. 316.

197. Sobre el tema, *vid.* CANOTILHO y MOREIRA, 2007, pp. 297-306.

198. Ley Constitucional 1/82, de 30 de septiembre (disponible en <http://dre.pt/pdf1sdip/1982/09/22700/31353206.pdf>).

199. CANOTILHO y MOREIRA, 2007, p. 28.

200. *Vid.*, en el texto constitucional vigente, los arts. 53, 54, 55, 56 y 57, relativos, respectivamente, a la seguridad en el empleo, a las comisiones de trabajadores, a la libertad sindical, a los derechos de las asociaciones sindicales y contratación colectiva, y al derecho a la huelga y prohibición del cierre patronal.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

derechos económicos, sociales y culturales) al Título II (catálogo de los derechos, libertades y garantías)²⁰¹.

Entre las modificaciones introducidas en 1982 deben igualmente subrayarse aquellas que seguidamente se enumeran: afirmación del derecho al disfrute y a la creación de la cultura (art. 78); refuerzo de los derechos positivos de los ciudadanos, ya no concebidos como meras obligaciones del Estado sino como verdaderos derechos (así, en materia de familia, paternidad y maternidad, tercera edad, pero también de enseñanza, cultura física y deporte, arts. 67, 68, 72, 74 y 79); y reconocimiento de derechos constitucionales en favor de determinadas categorías de personas, tales como, específicamente, los trabajadores emigrantes [art. 60.2.e)] y los profesores y alumnos (art. 77).

La segunda reforma constitucional (1989)²⁰² fue menos intensa aunque algunas de las modificaciones introducidas resultan asimismo significativas. Así, los derechos de los consumidores fueron introducidos en el catálogo de los derechos económicos fundamentales (art. 60). De igual modo, se añadió la contribución de todo el tiempo de prestación de trabajo al cálculo de las pensiones de vejez y de invalidez (art. 63.5), se incluyó el reconocimiento estatal de la enseñanza privada y cooperativa (art. 75.2) y se reformularon los principios del régimen de acceso a la enseñanza superior, con mención explícita a la igualdad de oportunidades y a la democratización del sistema de enseñanza (art. 76.1). En un sentido regresivo, cabe aludir al debilitamiento del alcance del principio constitucional de la gratuidad del servicio nacional de salud (SNS) [art. 64.2.a)].

La cuarta reforma constitucional (1997)²⁰³ acarreó un conjunto de modificaciones sustanciales en el capítulo de los derechos sociales. Entre las innovaciones, cabe destacar el reconocimiento constitucional, en el marco de los derechos de los trabajadores (art. 59), del derecho a una organización del trabajo en condiciones que permitan la conciliación de la actividad profesional con la vida familiar; del derecho a la asistencia y justa reparación en caso de accidente de trabajo o de enfermedad profesional; de la obligación del Estado de proteger las condiciones de trabajo de los trabajadores estu-

201. Sin embargo, adviértase que ya antes de la reforma constitucional de 1982 los derechos en cuestión, incluidos en el capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales, eran considerados derechos de naturaleza análoga a los derechos, libertades y garantías y, como tal, sujetos al régimen específico de esta categoría de derechos fundamentales (*vid.*, paradigmáticamente, los términos del art. 18 CRP), por fuerza del art. 17 de la Constitución.

202. Ley Constitucional 1/89, de 8 de julio (disponible en <http://dre.pt/pdf1sdip/1989/07/15501/00020069.pdf>).

203. Ley Constitucional 1/97, de 20 de septiembre (disponible en <http://dre.pt/pdf1sdip/1997/09/218A00/51305196.pdf>).

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

diantes; de garantías especiales para los salarios, en términos a definir por el legislador ordinario. Con respecto a los derechos específicamente sociales, fue afirmada en el marco del derecho a la Seguridad Social la vertiente de solidaridad (art. 63) y, en el cuadro del derecho a la protección de la salud, fueran ampliadas las obligaciones del Estado (art. 64.2), entre las cuales merecieron atención específica las políticas de prevención y tratamiento de la drogodependencia. En el marco de la protección debida a la paternidad y maternidad, no sólo fue ampliado a todas las mujeres el derecho a una especial protección durante el embarazo y después del parto (lo cual ya era reconocido a las mujeres trabajadoras, art. 68.3), sino que también fue consagrado el derecho común a los dos progenitores de dispensa del trabajo por un período adecuado para fines de asistencia a los niños (art. 68.4). La prohibición del trabajo de menores en edad escolar, introducida en 1989, transitó del ámbito normativo del derecho a la enseñanza al de la protección de los niños (art. 69.3) y la atención a los hijos de los inmigrantes, con el objetivo de hacer efectivo su derecho a la enseñanza, fue añadida al texto constitucional [art. 74.2.e)]. Por último, la reforma de 1997 fue particularmente significativa con respecto a los derechos de última generación, a saber, los derechos de los consumidores y el derecho al medio ambiente: los primeros vieron reforzadas sus posiciones jurídicas procesales, instrumentales a su defensa (arts. 52.3 y 60.3); el derecho al medio ambiente (art. 66) fue, asimismo, considerablemente reforzado, otorgándose, específicamente, dignidad constitucional a los principios del desarrollo sostenible y de la solidaridad intergeneracional²⁰⁴.

Por fin, la reforma constitucional de 2004²⁰⁵ incluyó, en el marco de la protección de la familia, la obligación estatal de promover la conciliación de la actividad profesional con la vida familiar [art. 67.2.h)].

4.2. DOCTRINA

Dogmáticamente, los derechos sociales se afirman, en su lineamiento típico, como derechos positivos o derechos a prestaciones, es decir, derechos que reclaman del Estado una conformación político-legislativa (derechos a prestaciones jurídicas) y también material (derechos a prestaciones materiales, bienes y servicios), necesaria para su realización. Esto no significa que, estructuralmente, los derechos sociales no puedan comportar también dimensiones negativas, lo que evidencia igualmente una faceta de derechos a la abstención del Estado o de terceros.

204. Para una panorámica más amplia, remitimos a VENTURA, 1998, pp. 493-527.

205. Ley Constitucional 1/2004, de 24 de junio (disponible en <http://dre.pt/pdf1sdip/2004/07/173A00/46424693.pdf>).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

No obstante esta complejidad estructural, primordial es no perder de vista que los derechos sociales tienen su fundamento primero en el principio de la dignidad de la persona humana (art. 1 CRP). Cuestión distinta, todavía, es saber si estos derechos a prestaciones, garantizados en la Constitución, se afirman como verdaderos derechos subjetivos.

En la doctrina portuguesa, CANOTILHO sobresale entre los autores más favorables a una comprensión expansiva de los derechos sociales²⁰⁶. Según este constitucionalista, los derechos sociales positivados en la Constitución son estructuralmente derechos subjetivos, independientemente de su justicia-bilidad y asequibilidad inmediatas²⁰⁷. Es decir, son derechos con la misma dignidad subjetiva de los derechos civiles y políticos, por lo que las posiciones jurídicas comprendidas en su ámbito de protección no pueden ser objeto de agresión, ni del Estado ni de terceros. Sin embargo, distinta se desvela su operatividad práctica, por cuanto resalta también en su estructura una dimensión objetiva, materializada en imposiciones de legislar y en el suministro de prestaciones a los ciudadanos. En todo el caso, CANOTILHO subraya que los derechos sociales son derechos, independientemente de las imposiciones constitucionales y de las prestaciones estatales destinadas a asegurar su eficacia: «la realización de los derechos económicos, sociales y culturales no se reduce a una simple llamada al legislador. Existe una verdadera *imposición constitucional*, que legitima, entre otras cosas, las transformaciones económicas y sociales en la medida en que las mismas sean necesarias a la realización de estos derechos»²⁰⁸. Así, «el problema actual de los "derechos sociales" [...] o derechos a prestaciones en sentido estricto [...] está en "tomar en serio" el reconocimiento constitucional de derechos como el derecho al trabajo, el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la cultura, el derecho al ambiente. Independientemente de las dificultades (reales) que suscita un tipo de derechos subjetivos en los cuales falta la capacidad jurídica o poder (= jurídico, competencia) para obtener su realización práctica (= accionabilidad), no podemos considerar como un simple "aleluya jurídico" (C. SCHMITT) el hecho de que las Constituciones (como la portuguesa de 1976 y la española de 1978) consideren ciertas posiciones jurídicas de tal

206. CANOTILHO, 2007, pp. 471-484. Para el desarrollo de su tesis, incluso con comparación de las «culturas constituyentes» de Portugal y de España en materia de derechos fundamentales, *vid.* CANOTILHO, 2008, pp. 35-68 y pp. 97-113, y, por último, motivado por el debate en torno de la percepción del Estado social del siglo XXI como un «Estado Garantía» o el énfasis en la llamada crisis del Estado Social, CANOTILHO, 2007, pp. 39-40 y 2008, pp. 243-268.

207. Como afirma CANOTILHO (2008, p. 47), «el quid de la cuestión no es el de reconocer *ubi remedium ubi jus*, sino, inversamente, el de garantizar *ibi jus ibi remedium*».

208. CANOTILHO, 2007, p. 478.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

modo fundamentales que su garantía, o no, no puede ser dejada a los criterios (o al mismo arbitrio) de simples mayorías parlamentarias»²⁰⁹.

Por su parte, ANDRADE considera que no es legítimo negar la calidad de «posición jurídica subjetiva» a los derechos fundamentales sociales²¹⁰. Para este autor, las normas constitucionales que consagran los derechos sociales a prestaciones no son meras normas programáticas o de proclamación; tampoco son meras normas de organización. Según su perspectiva, se trata de «normas impositivas de legislación», quedando prohibido al legislador un *non facere*; por otro lado, la Constitución, cuando define las obligaciones del Estado, dirigidas a la realización de los derechos sociales, ya provee de criterios para la determinación de un «contenido mínimo» de los intereses de sus beneficiarios. Para allá de ese mínimo, la definición concreta de lo contenido de los derechos sociales resultará, en general, de la intervención del legislador, que se produce en un marco de opciones político-legislativas. En suma, a pesar de calificar los derechos fundamentales sociales de «pretensiones jurídicas», en la medida en que sólo con la producción de las respectivas leyes conformadoras, tales derechos suelen afirmarse como derechos subjetivos «plenos» (plenitud que ocurre por consiguiente ya al nivel *infra* constitucional –derechos creados por la ley–), ANDRADE no deja igualmente de reconocer que los derechos sociales disponen de garantías jurídicas, de intensidad distinta, las cuales «corresponden a su calidad esencial de *derechos subjetivos fundamentales*»²¹¹.

Con respecto al dualismo «derechos, libertades y garantías»/«derechos económicos, sociales y culturales», presente en el texto constitucional portugués, MIRANDA, subrayando la naturaleza de derechos fundamentales de todos ellos, niega que exista entre ambas categorías un «contraste radical» y rechaza «modos de comprensión de los derechos sociales que los fragilizan de forma grave, sea tomándolos como derechos especiales frente a los derechos, libertades y garantías, sea tomándolos como derechos relativos, derechos a prestaciones no vinculantes o meras pretensiones jurídicas, sea negándoles justiciabilidad»²¹². En este sentido, sí puede ser distinta la respectiva densidad subjetiva constitucional, con diversidad de posiciones activas presentes en ambas categorías de derechos fundamentales, el constitucionalista citado siempre cree que los derechos sociales pueden beneficiarse, en parte, de formas de tutela próximas o idénticas a las que caracterizan el régimen de los derechos, libertades y garantías, tal como el respeto del contenido

209. CANOTILHO, 2008, p. 51.

210. ANDRADE, 2009, pp. 359 y ss.

211. ANDRADE, 2009, p. 391.

212. MIRANDA, 2008, p. 150.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

esencial, la posibilidad de aplicación directa e incluso la eficacia ante los particulares²¹³. Asimismo, MIRANDA señala los siguientes principios específicos del régimen de los derechos económicos, sociales y culturales: el «principio de la conexión con tareas y obligaciones del Estado», el «principio de la participación de los interesados en su concretización», el «principio de la dependencia de la realidad constitucional o de las condiciones económicas, sociales, culturales e institucionales para su efectividad» y el «principio de la repartición de los costes en razón de las condiciones económicas de los beneficiarios»²¹⁴.

4.3. DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

En el período de vigencia de la Constitución de 1976 se registra un importante desarrollo legislativo de las normas constitucionales que consagran derechos sociales, dirigido a la concretización y densificación normativas de estos derechos. Este desarrollo legislativo se caracteriza, en general, por la dispersión normativa, siendo infrecuente la existencia de leyes codificadoras en materia de derechos sociales. Sin embargo, sobresalen diversas normativas que encierran las «bases» o el «régimen jurídico» sobre distintos derechos sociales²¹⁵. Entre las normativas vigentes, haremos mención a las principales²¹⁶:

- a) En el marco del derecho al trabajo y de los derechos de los trabajadores en 2003 se produjo una reforma y unificación de múltiples leyes laborales (algunas provenientes ya del final de la década de los sesenta, así como de los setenta), materializadas en el Código del Trabajo²¹⁷. La legislación laboral portuguesa vigente provee, entre tantas otras materias: al derecho a la igualdad y a la prohibición de la discriminación en función del género (la primera normativa sobre el tema es de 1979), incluyendo el tratamiento unitario de otros motivos pro-

213. *Ibidem*.

214. *Ibidem*, pp. 154 y pp. 426 y ss.

215. La Constitución misma incluye bajo la reserva legislativa absoluta del Parlamento la regulación de las bases del sistema de enseñanza [art. 164.i)] y, en el ámbito de la reserva relativa de competencia legislativa de la misma Asamblea, las bases del sistema de Seguridad Social y del SNS [art. 165.1.f)], del sistema de protección de la naturaleza, del equilibrio ecológico y del patrimonio cultural [art. 165.1.g)], así como de la ordenación del territorio y del urbanismo [art. 165.1.z)].

216. Es posible acceder a los textos citados a través del Diario de la República electrónico, en <http://www.dre.pt/> (servicio universal).

217. Aprobado primeramente por la Ley 99/2003, la cual fue reglamentada por la Ley 35/2004; el Código del Trabajo vigente se encuentra en la Ley 7/2009, con las modificaciones procedentes de la Ley 105/2009, que además aprobó su reglamentación.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

hibidos de discriminación; al desarrollo de la protección de la maternidad y de la paternidad; a la fijación a los 16 años (además del cumplimiento de la escolaridad obligatoria) de la edad mínima para la admisión al trabajo, criminalizando la utilización indebida del trabajo de menores; y a la previsión de la retribución mínima mensual garantizada.

- b) A respecto del derecho a la Seguridad Social, deben mencionarse la Ley de bases del sistema de Seguridad Social²¹⁸, así como los regímenes jurídicos de protección en las eventualidades de invalidez y vejez de los beneficiarios del régimen general de la Seguridad Social²¹⁹, de desempleo²²⁰, de enfermedad²²¹, de maternidad o paternidad²²² y de encargos familiares²²³. Además, en el marco del régimen de solidaridad (es decir, no contributivo), cabe citar el régimen de acceso y de atribución de la pensión social²²⁴, así como la normativa sobre la renta social de inserción (sustituyendo la antes llamada renta mínima garantizada)²²⁵. La protección social de los trabajadores que ejercen funciones públicas es definida en un texto legal propio²²⁶. La última tendencia gira hacia la aproximación de la protección social de los trabajadores de los sectores público y privado.
- c) La concretización del derecho a la protección de la salud tiene como normativas primordiales la Ley de bases de la salud²²⁷ y el Estatuto del Servicio Nacional de Salud²²⁸.
- d) El desarrollo legislativo de los derechos a la educación y a la enseñanza se asienta, básicamente, en la Ley de bases del sistema educativo²²⁹. Con enfoque en las normas constitucionales que obligan al Estado a asegurar a los hijos de los ciudadanos portugueses residentes en el exterior el acceso a la enseñanza de la lengua materna y a la cultura portuguesa, cabe citar, en particular, la normativa que esta-

218. Ley 4/2007.

219. Decreto-ley 187/2007, modificado por la Ley 64-A/2008, y Ley 90/2009.

220. Decreto-ley 220/2006, modificado por Decreto-ley 68/2009.

221. Decreto-ley 28/2004, modificado, por último, por el Decreto-ley 302/2009.

222. Decreto-ley 91/2009.

223. Decreto-ley 176/2003, modificado, por último, por Decreto-ley 201/2009.

224. Decreto-ley 464/1980, modificado, por último, por el Decreto-ley 18/2002.

225. Ley 13/2003, modificada por la Ley 45/2005.

226. Ley 4/2009, modificada por la Ley 10/2009.

227. Ley 48/1990, modificada por la Ley 27/2002.

228. Decreto-ley 11/1993, modificado, por último, por Decreto-ley 177/2009.

229. Ley 46/1986, modificada, por último, por la Ley 85/2009.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

blece el régimen jurídico de la enseñanza portuguesa en el exterior²³⁰.

- e) En el marco del derecho a un medio ambiente de vida humano, sano y ecológicamente equilibrado, destacan, particularmente, la Ley de bases del ambiente²³¹, los regímenes jurídicos de la evaluación de impacto ambiental²³², de la evaluación de los efectos de planos y programas en el ambiente²³³ y de la prevención y control integrados de la polución²³⁴, así como la Ley-cuadro de las infracciones ambientales²³⁵.
- f) En cuanto al derecho al disfrute y a la creación de la cultura, menciónese la Ley de bases de la política y del régimen de protección y valorización del patrimonio cultural²³⁶.
- g) A su vez, el desarrollo legislativo del derecho a la cultura física y al deporte vino plasmado en la Ley de bases de la actividad física y del deporte²³⁷.
- h) Con relación al derecho de la familia a la protección de la sociedad y del Estado, subráyese el ya citado régimen de la protección social en la eventualidad de encargos familiares (que comprende el abono de familia para niños y jóvenes), así como la normativa relativa a medidas de protección de las uniones de hecho, regulando la situación jurídica de dos personas, independientemente del sexo, que vivan en unión de hecho hace más de dos años²³⁸.
- i) En materia de protección de la infancia y de la juventud, sobresalen la normativa sobre la organización tutelar de menores²³⁹, la Ley de protección de niños y jóvenes en peligro²⁴⁰ y la Ley tutelar educativa²⁴¹.
- j) Con relación a la protección específica de las personas con discapacidad, cabe destacar las bases generales del régimen jurídico de la

230. Decreto-ley 165/2006, modificado por Decreto-ley 165-C/2009.

231. Ley 11/1987, modificada por la Ley 13/2002.

232. Decreto-ley 69/2000, modificado, por último, por Decreto-ley 197/2005.

233. Decreto-ley 232/2007.

234. Decreto-ley 173/2008.

235. Ley 50/2006, modificada por la Ley 85/2009.

236. Ley 107/2001.

237. Ley 5/2007.

238. Ley 7/2001.

239. Decreto-ley 314/1978, modificado, por último, por la Ley 31/2003.

240. Ley 147/1999, modificada por la Ley 31/2003.

241. Ley 166/1999.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

prevención, habilitación, rehabilitación y participación de la persona con discapacidad²⁴², así como la normativa que prohíbe y penaliza la discriminación por motivo de discapacidad y por motivo de riesgo agravado de salud²⁴³.

- k) En el marco de la protección de la tercera edad, pueden mencionarse la normativa que establece el complemento solidario para la tercera edad²⁴⁴ y la normativa sobre el régimen de acogimiento familiar de personas de la tercera edad y de adultos con discapacidad²⁴⁵.
- l) Por fin, al nivel específico de la tutela antidiscriminatoria, la Ley 134/1999 prohíbe la discriminación racial en todas sus formas y sanciona los comportamientos que se traduzcan en la violación de cualquier derecho fundamental, o en la denegación o condicionamiento del ejercicio de cualquier derecho económico, social o cultural, por cualquier persona, por motivo de pertenencia a determinada raza, color, nacionalidad u origen étnica²⁴⁶.

Con respecto al desarrollo jurisprudencial, son múltiples las decisiones de los tribunales referentes a los derechos sociales. Haremos mención únicamente a la jurisprudencia constitucional, para destacar sus líneas generales, con enfoque, particularmente, en la vinculación del legislador a las normas constitucionales que consagran tales derechos fundamentales, con referencia a algunos de los fallos más representativos de la argumentación del Tribunal Constitucional (TC)²⁴⁷.

No existe en el ordenamiento jurídico portugués, al nivel procesal constitucional, un mecanismo específico de protección de los derechos fundamentales, como es el recurso de amparo del Derecho español o la *Verfassungsbeschwerde* del Derecho alemán. Eso no significa que el TC no pueda pronunciarse sobre cuestiones de derechos fundamentales, incluso de derechos sociales, por vía de los procesos de fiscalización de la constitucionalidad (*infra*, 4.4).

Así, en el marco del derecho a la protección de la salud, debe mencionarse la STC 39/1984²⁴⁸, centrada en el SNS en cuanto «garantía institucio-

242. Ley 38/2004.

243. Ley 46/2006.

244. Decreto-ley 232/2005, modificado, por último, por Decreto-ley 151/2009.

245. Decreto-ley 391/91, modificado por Decreto-ley 328/93.

246. *Vid.* igualmente la Ley 18/2004.

247. Sobre el tema puede verse NABAIS, 1990; UCHA, 1993, pp. 223-246; NOVAIS, 2004, pp. 312 y ss.; CORREIA, 2008; y, con enfoque en la igualdad laboral por razón del sexo, FERNANDES, ROCHA y CERQUEIRA, 2006.

248. *Diário da República*, I Série, n° 104, 5 de mayo de 1984, pp. 1455-1468 (<http://dre.pt/pdf/Isdip/1984/05/10400/14551468.pdf>).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nal de la realización» del derecho constitucionalmente garantizado. El TC resolvió la inadmisibilidad de la mera anulación (o sea, sin normativa sustitutiva) del apartado institucional y de organizativo de la Ley que, en 1979, creara el SNS. En su razonamiento se destacó que la Constitución exige que el derecho a la salud sea realizado a través de la vía constitucionalmente prevista, es decir, mediante un servicio nacional de salud; una vez creado, el SNS tiene su «existencia constitucionalmente garantizada», es irreversible: una ley posterior puede modificarlo o reformarlo, dentro de los límites constitucionales, pero no puede llevar a su abolición, en cuyo caso se produciría una vulneración de dicho derecho social²⁴⁹.

En la STC 148/1994²⁵⁰, sobre la normativa de propinas en la enseñanza superior, sobresale una vez más la cuestión del grado de vinculación del legislador a las normas constitucionales relativas a derechos sociales, debatiéndose la fórmula legislativa, en vigor en aquel momento, a efectos de la determinación del montante de las propinas debidas por los alumnos. En este contexto, el TC afirmó el carácter no meramente programático de las normas relevantes de la Constitución cultural, en las vertientes de la educación y de la enseñanza superior, advirtiendo que las mismas contienen una vinculación dirigida al legislador. Así, considerando la obligación estatal de «establecer progresivamente la gratuidad de todos los niveles de enseñanza» [actual art. 74.2.e) CRP], el concepto «progresivamente gratuito» admite, según la expresión del propio TC en la Sentencia 330/1989²⁵¹, «un cierto halo de indeterminación». De acuerdo con la posición que prevaleció en el seno del TC, el legislador puede mantener las propinas pero la concreta fórmula de cálculo de esos valores pertenece a la discrecionalidad legislativa, pero tiene que ser constitucionalmente adecuado, para no subvertir el funcionamiento del sistema de enseñanza público definido en la Constitución.

Otro *leading case* de la justicia constitucional portuguesa es la STC 474/2002²⁵², dictada en el marco del control de la inconstitucionalidad por omisión, en respuesta a una demanda del Proveedor de Justicia (el Defensor del Pueblo u Ombudsman portugués), basada en el derecho de los trabajadores a la asistencia material, cuando se encuentren en situación de desempleo por causas ajenas a su voluntad [art. 59.1.e) CRP], al no estar asegurado este

-
249. Sobre el tema de la «no reversibilidad» de los derechos sociales, *vid.* QUEIROZ, 2006b.
250. *Diário da República*, I Série-A, n° 102, 3 de mayo de 1994, pp. 2200-2222 (<http://dre.pt/pdf/Isdip/1994/05/102A00/22002222.pdf>).
251. *Diário da República*, II Série, n° 141, 22 de junio de 1989, pp. 6131-6135. También disponible en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890330.html>.
252. *Diário da República*, I Série-A, n° 292, 18 de diciembre de 2002, pp. 7912-7921 (<http://dre.pt/pdf/Isdip/2002/12/292A00/79127921.pdf>).

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

derecho en todas las situaciones de empleo público. Por la primera vez, el TC comprobó la falta de cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectiva una norma constitucional relativa a un derecho social: en la medida en que el legislador no puede dejar de prever una prestación social en beneficio de los trabajadores, incluyendo los trabajadores de la Administración Pública en situación involuntaria de desempleo, el TC apreció una omisión parcial.

Por último, debe mencionarse la Sentencia 509/2002²⁵³, dictada en el marco de la fiscalización preventiva de la constitucionalidad y que versó sobre el ya mencionado rendimiento social de inserción, más concretamente sobre la normativa dirigida a reducir el ámbito de los beneficiarios de dicha prestación social de solidaridad, por vía de la exigencia, como regla, de la edad mínima de 25 años, en vez de 18 años. El TC apostó por la tutela constitucional del «derecho a un mínimo de existencia digna», inherente al principio del respeto de la dignidad humana, dictaminando en este caso que se había vulnerado su contenido mínimo, en la medida en que, para los jóvenes mayores de edad excluidos, no existirían otras medidas dirigidas a asegurar este derecho con un «mínimo de eficacia jurídica». A diferencia de otros fallos, en los cuales el TC reconoce la protección constitucional del derecho a no ser privado del mínimo vital (dimensión negativa)²⁵⁴, aquí el fallo es asertivo (dimensión positiva).

4.4. GARANTÍAS

En el ordenamiento constitucional portugués, las dos «categorías» de derechos fundamentales («derechos, libertades y garantías» y «derechos económicos, sociales y culturales») gozan de un mismo régimen jurídico, denominado por la doctrina como el régimen general o común de los derechos fundamentales. Este régimen general comprende las dimensiones siguientes:

253. *Diário da República*, I Série-A, n° 36, 12 de febrero de 2003, pp. 905-917 (<http://dre.pt/pdf/Isdip/2003/02/036A00/09050917.pdf>).

254. Así, sobre el carácter necesario de determinadas prestaciones sociales, consideradas indispensables para la dignidad del beneficiario, *vid.*, a título de ejemplo, las SSTC 349/1991 (*Diário da República*, II Série, n° 277, 2 de diciembre de 1991, pp. 12270-12274, también disponible en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910349.html>); 411/1993 (disponible en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930411.html>); 318/1999 (*Diário da República*, II Série, n° 247, 22 de octubre de 1999, pp. 15838-15840, también disponible en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990318.html>); 62/2002 (*Diário da República*, II Série, n° 59, 11 de marzo de 2002, pp. 4711-4715, en <http://dre.pt/pdf/2sdip/2002/03/059000000/0471104715.pdf>) y 177/2002 (*Diário da República*, I Série-A, n° 150, 2 de julio de 2002, pp. 5158-5163, en <http://dre.pt/pdf/Isdip/2002/07/150A00/51585163.pdf>).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

principio de la universalidad, principio de la igualdad y principio del acceso al Derecho y de la garantía de la tutela judicial efectiva²⁵⁵.

En este contexto y con relación específicamente a las garantías de los derechos sociales, haremos distinción entre la tutela judicial y la tutela no judicial. Empezando por esta última, la misma comprende las garantías siguientes:

- a) Derechos de información y de participación. La Constitución y la ley aseguran a los ciudadanos la información y la participación en la formación de las decisiones públicas que les afecten. En esta perspectiva se destacan los derechos especiales de participación reconocidos a colectivos, tales como las comisiones de trabajadores y las asociaciones sindicales con respecto a la elaboración de la legislación laboral y en materia de los planes socioeconómicos [arts. 54.5.d), 56.2.a) y 56.2.c) CRP]; las asociaciones de consumidores y las cooperativas de consumo en materia de defensa de los consumidores (art. 60.3 CRP); las asociaciones sindicales, otras organizaciones representativas, sea de los trabajadores, sea de los demás beneficiarios, con relación a la ordenación del sistema de Seguridad Social (art. 63.2 CRP); las asociaciones representativas de la familia en la definición de una política de familia global e integrada [art. 67.2.g) CRP]; los profesores y alumnos en la gestión democrática de los centros de enseñanza (art. 77.1 CRP); y las asociaciones de profesores, alumnos y padres, las comunidades y las instituciones de carácter científico en la definición de la política de enseñanza (art. 77.2 CRP). Asimismo, la Constitución (art. 92) estableció el Consejo Económico y Social como órgano de consulta y de concertación en el campo de las políticas económica y social, y del cual forman parte, entre otros, representantes de las organizaciones representativas de los trabajadores, de las actividades económicas y de las familias. Además, los derechos de información y de participación se encuentran especialmente garantizados en el que concierne los llamados «procedimientos de masa». Así, al presente, la Ley 83/1995, de 31 de agosto, concretiza el derecho procedimental de participación popular en el ámbito de la defensa de la salud pública, del ambiente, de la calidad de vida, de los consumidores, del patrimonio cultural y del dominio público.
- b) Derecho de petición. La Constitución (art. 52.1) consagra el derecho de petición en relación con los órganos de soberanía u otras autoridades, como derecho político dirigido a la defensa de derechos per-

255. CANOTILHO, 2007, pp. 415 y ss.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

sonales, de la Constitución, de las leyes o del interés general, y que se encuentra regulado por la Ley 43/1990, de 10 de agosto²⁵⁶.

- c) Derecho de los ciudadanos de presentar quejas al Proveedor de Justicia (art. 23 CRP y Ley 9/1991, de 9 de abril²⁵⁷). En efecto, la intervención del Ombudsman portugués en la defensa de los derechos sociales cuadra perfectamente con el carácter «plurifuncional» de la institución²⁵⁸. Así, siendo habitual un número elevado de quejas en esta materia, frecuentemente se observa que no es tanto la ausencia de ley de desarrollo como su deficiente o errónea interpretación o aplicación, por los servicios de la Administración Pública, lo que es objeto de reclamación. En situaciones de emergencia social, por ejemplo, la actuación informal y rápida del Proveedor de Justicia puede tener como efecto útil asegurar la asistencia inmediata adecuada al reclamante, en particular el acceso efectivo a las prestaciones sociales legalmente debidas. Además, regístrase, en los últimos años, una diversificación temática de las quejas tramitadas por el Proveedor de Justicia, sobre todo en cuanto a la atención específica a los derechos de los inmigrantes, de los consumidores y a los derechos e intereses relacionados con el territorio (quejas ambientales, urbanísticas y de ordenación del territorio). Con relación específicamente a los inmigrantes, destaca una actuación defensorial de promoción de sus derechos sociales, en el sentido de la elevación del grado de su realización para este colectivo, de acuerdo con el principio de universalidad (art. 12 CRP) y el entendimiento de que la equiparación de derechos constitucionalmente consagrada (art. 15 CRP) comprende también derechos a prestaciones²⁵⁹. Por último, destaca en particular la legitimidad procesal del Proveedor de Justicia en el marco del control de la constitucionalidad y legalidad, así como su potestad para emitir recomendaciones para la reforma de la legislación en vigor o la elaboración de nuevas leyes, poderes que otorgan

256. Modificada, por último, por la Ley 45/2007.

257. Modificada, por último, por la Ley 52-A/2005.

258. Para una visión más amplia del rol que los Defensores del Pueblo asumen en la protección y promoción de los derechos humanos/derechos fundamentales, con especial referencia al Proveedor de Justicia, remitimos a VENTURA, 2007, y la bibliografía ahí citada.

259. A título de ejemplo: clarificación del régimen del acceso al SNS (PROVEDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República 2001* [pp. 350 y 391-393]); acceso al subsidio de desempleo (PROVEDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República 2004* [pp. 468-469]), acceso a las prestaciones familiares, como el abono de familia, y de solidaridad, como el rendimiento social de inserción (PROVEDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República 2005*, pp. 362-363 y 376-391).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

al Ombudsman nacional un papel importante en la concretización del programa constitucional, incluso en materia de derechos sociales.

- d) Garantías de impugnación administrativa. Los ciudadanos pueden, en el marco del procedimiento administrativo, defender sus derechos a través la reclamación y el recurso ante órganos administrativos superiores. En este contexto, y naturalmente con reflejo también en la tutela judicial administrativa, debe señalarse el artículo 133.2.d) del Código del Procedimiento Administrativo, precepto que, en el cuadro del régimen de la invalidez de los actos administrativos, determina la nulidad de aquellos actos que menoscaben el contenido esencial de un derecho fundamental, redacción que no excluye los derechos sociales²⁶⁰.

En el marco de la tutela judicial cabe citar:

- a) El derecho de acción popular. La Constitución (art. 52.3) otorga a todos los ciudadanos, sea personalmente, sea a través de asociaciones de defensa de los intereses afectados, el derecho de acción popular, especialmente para promover la prevención, el cese o la persecución judicial de las infracciones contra la salud pública, los derechos de los consumidores, la calidad de vida y la preservación del medio ambiente y del patrimonio cultural (inciso a), materializándose la concretización legislativa de este derecho en la ya citada Ley 83/1995.
- b) El control judicial de la Administración Pública²⁶¹. La Constitución garantiza a los administrados la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses protegidos legalmente (art. 268.4 y 5 CRP). En una fórmula sintética y siguiendo la lectura de ANDRADE, para la garantía de los derechos sociales en la justicia administrativa es admisible el recurso directo del ciudadano a los tribunales administrativos, «cuando haya lesión directa de bienes personales constitucionalmente protegidos asociados a derechos económicos, sociales y culturales [...], muy especialmente para asegurar el cumplimiento de prestaciones estatales mínimas, especialmente cuando esté en cuestión la supervivencia de las personas»²⁶², lo que se ilustra con el subsidio de desempleo, el rendimiento social de inserción, las pensiones de

260. Según informa ANDRADE, 2009, p. 389, en nota al pie, el Tribunal Supremo Administrativo tuvo ya ocasión de admitir, en abstracto, la nulidad de un acto administrativo contrario al núcleo esencial del derecho a la calidad de vida.

261. Para los medios de protección de los derechos fundamentales, en general, a través la justicia administrativa, *vid.* ANDRADE, 2001, pp. 226-235 y CORREIA, 2003, pp. 75 y ss.

262. ANDRADE, 2009, p. 389.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

supervivencia, las prestaciones de asistencia social básica y la garantía de alimentos debidos a menores.

- c) El control de la constitucionalidad de la actividad normativa (arts. 277-283 CRP)²⁶³, que se desgrana en tres manifestaciones:
- a') De acuerdo con el artículo 205 CRP, «en los hechos sometidos a enjuiciamiento, los Tribunales no pueden aplicar normas que infrinjan lo dispuesto en la Constitución o los principios formulados en ella». En este contexto, los ciudadanos pueden suscitar, en el marco de un concreto proceso judicial, la inconstitucionalidad de normas. En los casos y términos legalmente previstos (art. 280 CRP), cabe recurso ante el TC de las sentencias de los tribunales, limitado, naturalmente, a la cuestión de inconstitucionalidad o de ilegalidad, según los casos, y con efectos *inter partes*. También los derechos sociales se benefician de esta garantía de la fiscalización concreta, sobre todo en los casos de arbitrariedad, desigualdad ilegítima de tratamiento o discriminación prohibida en el acceso a las prestaciones sociales, pero también en los casos de violación del contenido constitucional de los derechos sociales. En este contexto, uno de los resultados de la intervención del TC ha sido, por ejemplo, la extensión de los regímenes más favorables o de los beneficios a todos los interesados, ante diferenciaciones legislativas carentes de fundamento material suficiente²⁶⁴.
- b') La tutela de los derechos sociales puede lograrse igualmente en el marco del control preventivo de la constitucionalidad (*supra*, fallo relativo al rendimiento social de inserción) o del control abstracto posterior de la constitucionalidad o legalidad (*supra*, fallo sobre el SNS). En el primer caso, un pronunciamiento de inconstitucionalidad del TC tiene como consecuencia, en términos generales, la revisión por el legislador de la norma inconstitucional o su confirmación a través de una mayoría cualificada. Si la Sentencia se produce en el marco del control abstracto posterior, la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad tiene efectos *erga omnes* y «fuerza de ley» (art. 282 CRP).
- c') Por fin, la verificación de la inconstitucionalidad por omisión constituye de igual forma uno de los mecanismos a través de los

263. Sobre el tema de la protección de los derechos fundamentales, en general, a través la justicia constitucional, *vid.* CORREIA, 2003, pp. 65 y ss.

264. *Vid.*, p. ej., CORREIA, 2008, pp. 358-359 y ANDRADE, 2009, p. 375.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cuales el TC puede ser llamado a sentenciar sobre el grado de la concretización de los derechos sociales, cuando esté en cuestión el deber del legislador de dar efectividad práctica a las imposiciones constitucionales respectivas (*supra*, fallo sobre el derecho a la asistencia material en caso de desempleo involuntario). La fuerza vinculante de una decisión positiva de inconstitucionalidad por omisión (art. 283.2 CRP) es diferente de la propia de una declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma ya existente (art. 282 CRP), hablando CANOTILHO de una «apelación» del TC al legislador, aunque, reconoce el mismo autor, se trata de una apelación con significado no meramente político sino también jurídico²⁶⁵.

Para concluir, hacemos mención a las garantías internacionales de los derechos sociales. De hecho, en armonía con el sentido constitucional de la «apertura» y «amistad» del orden jurídico nacional para con el Derecho internacional de los derechos humanos (arts. 8 y 16 CRP), Portugal se encuentra vinculado por los principales convenios internacionales sobre derechos sociales adoptados en el ámbito sea de las Naciones Unidas, de la Organización Internacional del Trabajo o del Consejo de Europa. En este contexto subrayase la obligación del Estado portugués de presentar informes sobre la situación existente, así como la evolución con respecto a la situación anterior, ante organismos internacionales como el Comité DESC o el CEDS, entre otros. Además, destácase en particular su aceptación del sistema de quejas, a cargo del CEDS, así como la firma del Protocolo Facultativo del PIDESC.

5. MÉXICO*

El debate sobre los derechos sociales en México encierra una situación paradójica: por un lado, los diputados constituyentes de 1917 fueron los primeros (en el siglo XX) en elevarlos a rango constitucional; por otro lado, a noventa y cinco años de aquella innovación jurídica, somos uno de los países que más han postergado el respeto, la protección y la garantía de esos derechos. Si algo caracteriza a los derechos sociales en México, son sus debilidades y atra-

265. CANOTILHO, 2007, p. 1039. Así, con relación a la asistencia material de trabajadores de la Administración Pública desempleados por causas ajenas a su voluntad (STC 474/2002, *supra*, 4.3), la legislación correspondiente fue aprobada en 2008 (Ley 11/2008, que creó la protección de desempleo de los trabajadores de la Administración Pública, materia ahora incluida en la citada Ley 4/2009, que define el régimen de protección social de los trabajadores que ejercen funciones públicas).

* Por Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS y Aline RIVERA MALDONADO.