

DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

Robert ALEXY

SUMARIO: I. *Concepto y estructura*. II. *Acerca de los argumentos en pro y en contra de los derechos fundamentales sociales*. III. *Un modelo de derechos fundamentales sociales*.

I. CONCEPTO Y ESTRUCTURA

Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, derecho a la previsión, al trabajo, a la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto.

Hay que distinguir entre derechos a prestaciones explícitamente estatuidos, tal y como se encuentran en una serie de Constituciones, de los estados federados alemanes, y los derechos a prestaciones adscriptos interpretativamente. A veces, se reserva la expresión “derechos sociales fundamentales” para los primeros, mientras que los últimos son llamados “derechos fundamentales a prestaciones”¹ o “interpretaciones sociales de los derechos de libertad e igualdad”.² La diferencia entre los derechos a prestaciones explícitamente estatuidos y los interpretativamente adscriptos es, sin duda, importante. Por otra parte, existe una semejanza amplia

1 Lütke, J., “Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge”, *AöR*, 107, 1982, p. 31.

2 Martens, W., “Grundrechte im Leistungsstaat”, *VVDStRL*, 30, 107, 1972, pp. 7-38 (p. 12).

respecto al contenido,³ la estructura⁴ y los problemas.⁵ Esto justifica llamar a todos los derechos a prestaciones en sentido estricto “derechos sociales fundamentales”, entre los explícitamente estatuidos y los interpretativamente adscriptos.⁶

Ya se ha expuesto que la Ley Fundamental —si se prescinde de excepciones estrechamente delimitadas— no contiene derechos sociales fundamentales explícitamente formulados pero, sin embargo, se discute extensa y apasionadamente⁷ si y, en este caso, cuáles, son los derechos sociales fundamentales que garantiza la Ley Fundamental.⁸ Esta polémica —a la que ha contribuido en gran medida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal— es una polémica acerca de si está impuesto adscribir a las disposiciones de derechos fundamentales normas⁹ que confieren derechos sociales fundamentales. El hecho de que tales adscripciones estén ordenadas o no estén permitidas desde el punto de vista del derecho constitucional depende de las razones jurídico-constitucionales que hablen a favor o en contra de estas posibilidades. La bondad de las razones puede determinarla sólo quien sabe para qué son estas razones. Por ello, hay que echar, por lo pronto, una mirada a los candidatos a adscripción.

Las normas que son adscriptas a las disposiciones fundamentales bajo la designación “derechos sociales fundamentales” son de un tipo muy diferente. Desde puntos de vista teórico-estructurales, pueden ser divididos de acuerdo con tres criterios. Primero, puede tratarse de normas que confieren derechos *subjetivos* o de normas que obligan al Estado sólo objetivamente. Pueden, segundo, ser normas *vinculantes o no-vinculantes* y, en este sentido, ser enunciados programáticos. Una norma será llamada “vinculante” si es posible que su lesión sea constatada por el Tribunal Constitucional Federal. Tercero, las normas pueden fundamentar derechos y deberes *definitivos o prima facie*, es decir, pueden ser principios

3 *Ibidem*, p. 30.

4 Böckenförde, E. W., “Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge”, en Böckenförde, E. W.; Jekewitz, J. y Ramm, T. (comps.), *Soziale Grundrechte*, Heidelberg-Karlsruhe, 1981, p. 12.

5 Müller, J. P., *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, 2a. ed., Basilea-Francfort, 1981, p. 166.

6 Cfr. Isensee, J., “Verfassung ohne soziale Grundrechte”, *Der Staat*, 19, 1980, pp. 367-384 (p. 373).

7 Cfr. la bibliografía en Hernekamp, K. (comp.), *Soziale Grundrechte*, Berlin-Nueva York, 1976, pp. 235 y ss.

8 Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 426-427.

9 Respecto al concepto de adscripción, cfr. *ibidem*, capítulo 2.II.2.

o reglas. Si uno combina estos criterios, se obtienen ocho normas de estructura muy diferente, tal como puede apreciarse en el cuadro siguiente:

<i>Vinculante</i>				<i>No vinculante</i>			
subjetivo		objetivo		subjetivo		objetivo	
def.	p. f.	def.	p. f.	def.	p. f.	def.	p. f.
1	2	3	4	5	6	7	8

La protección más fuerte la otorgan normas vinculantes que garantizan derechos subjetivos definitivos a prestaciones (1); la más débil, las normas no vinculantes que fundamentan un mero deber objetivo *prima facie* del Estado a otorgar prestaciones (8). A la luz de esta tabla, hay que interpretar las múltiples tesis teoriconormativas que se formulan en el ámbito de los derechos sociales. Cuatro ejemplos: según Hesse, de la “comprensión de los derechos fundamentales como normas objetivas supremas” resulta “para el legislador ... una obligación (positiva) para hacer todo a fin de realizar los derechos fundamentales, aun cuando no exista para ello un derecho subjetivo del ciudadano”.¹⁰ Con esto puede querer hacerse referencia a obligaciones *prima facie* objetivas vinculantes (4). Von Mutius clasifica los “derechos de participación”, analizados en el primer fallo sobre el *numerus clausus*, como “pretensiones fundamentales a prestaciones” que tendrían que ser concebidas como “*leges imperfecta*”, como “meros enunciados programáticos”.¹¹ Esto puede ser interpretado en el sentido de un derecho subjetivo definitivo no vinculante (5).¹² El Tribunal Constitucional Federal habla del “derecho a la admisión al estudio de su elección” que “en sí” posee el ciudadano que ha aprobado el bachillerato, pero que se encuentra bajo la “reserva de lo posible”.¹³ Como habrá de exponerse más adelante, este derecho tiene que ser considerado como un derecho subjetivo *prima facie* vinculante (2).

10 Hesse, K., “Grundrechte: Bestand und Bedeutung”, en Benda, E.; Maihofer, W. y Vogel, H. J. (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, Berlin-Nueva York, 1983, p. 95.

11 Mutius, A. v., “Grundrechte als ‘Teilhaberechte’ -zu den verfassungsrechtlichen Aspekten des ‘numerus clausus’”, *VerwArch*, 64, 1973, p. 193.

12 En cambio, las “máximas programáticas vinculantes” de Krebs tienen que ser consideradas como normas que fundamentan obligaciones *prima facie* objetivas y vinculantes (cfr. Krebs, W., *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, Berlín, 1975, p. 92).

13 *BVerfGE*, 43, 291 (pp. 314 y ss.).

Finalmente, el derecho a un mínimo vital es un derecho subjetivo definitivo vinculante (1).¹⁴

A estas diferencias estructurales se agregan otras de contenido. Especialmente importante es la que existe entre un contenido *mínimo* y otro *máximo*.¹⁵ Un programa minimalista apunta a asegurarle “al individuo el dominio de un espacio vital y un status social¹⁶ mínimos”, es decir, aquello que fue llamado “derechos mínimos” y “derechos sociales pequeños”.¹⁷ En cambio, estamos frente a un contenido maximalista cuando se habla de una “realización plena” de los derechos fundamentales¹⁸ o cuando el derecho a la educación es caracterizado como “derecho a la emancipación cultural-intelectual, a la individualidad, a la autonomía, a la madurez político-social”.¹⁹

La esbozada variedad sugiere la suposición de que en el problema de los derechos fundamentales sociales no puede tratarse de una cuestión de todo o nada. Parece inevitable introducir diferenciaciones.²⁰ Sobre este trasfondo, se echará una mirada a los argumentos en pro o en contra de los “derechos sociales fundamentales”. La expresión “derechos sociales fundamentales” es aquí utilizada como concepto superior para las normas del tipo (1)-(8). De lo que se trata es de la elaboración de una propuesta apoyada en la teoría de los principios²¹ y orientada por la idea rectora formal presentada más arriba,²² que tome en cuenta por igual los argumentos en pro y en contra.

14 Cfr. al respecto, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, capítulo 9.1.2, p. 402.

15 Respecto a esta distinción, cfr., con más bibliografía, Breuer, N. R., “Grundrechte als Anspruchsnormen”, en Bachof, O.; Heigl, L. y Redeker, K. (comps.), *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung. Festgabe zum 25jährigen Bestehen der Bundesverwaltungsgerichts*, Munich, 1978, pp. 89-119 (p. 95).

16 Wildhaber, L., “Soziale Grundrechte”, en Saladin, P. y Wildhaber, L. (comps.), *Der Staat als Aufgabe. Gedenkschrift für Imboden*, Basilea, 1972, pp. 371-391 (p. 385).

17 Müller, J. P., *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, 2a. ed., Basilea-Francfort del Meno, 1981, p. 183. Cfr., además, Lücke, J., “Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge”, p. 18.

18 Friauf, K. H., “Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat”, *DBVI*, 1971, p. 676, y Krebs, W., *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, p. 122.

19 Reuter, L. R., “Soziales Grundrecht auf Bildung?”, *DVBI*, 1974, p. 12. Cfr., además, Grimmer, K., *Demokratie und Grundrechte*, Berlín, 1980, p. 259, y Heumann, K. D. y Stein, E., “Das Recht auf Bildung”, *AöR*, 97, 1972, pp. 189 y ss.

20 Respecto a la necesidad de diferenciaciones, cfr. Lorenz, D., “Bundesverfassungsgericht und soziale Grundrechte”, *JBl*, 1981, pp. 19 y ss.; Schmidt, W., “Soziale Grundrechte im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland”, *Der Staat*, Beiheft, 5, 1981, pp. 9-28 (p. 22), y Breuer, R., “Grundrechte als Anspruchsnormen”, p. 93.

21 Cfr. al respecto, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, capítulo 3.1.2.

22 Cfr. *ibidem*, capítulo 9.1.5.

II. ACERCA DE LOS ARGUMENTOS EN PRO Y EN CONTRA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES

El argumento principal a favor de los derechos fundamentales sociales es un argumento de la libertad. Su punto de partida son dos tesis.

La primera reza: la libertad *jurídica* para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido,²³ carece de todo valor. Esta tesis está formulada de una manera muy general. En todo caso, es correcta si se la interpreta en el sentido de que la libertad jurídica de *a* para realizar o no realizar la acción *h* carece de todo valor, en el sentido de que es inútil, si, por razones fácticas, *a* no tiene la posibilidad de elegir entre la ejecución o no ejecución de *h*.²⁴ De esto se trata cuando Lorenz von Stein dice: “la libertad es sólo real cuando se poseen las condiciones de la misma, los bienes materiales y espirituales en tanto presupuestos de la autodeterminación”²⁵ o cuando el Tribunal Constitucional Federal expresa: “el derecho de libertad no tendría valor alguno sin los presupuestos fácticos para poder hacer uso de él.”²⁶

La segunda tesis reza: bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un “ámbito vital dominado por ellos”,²⁷ sino que depende esencialmente de actividades es-

23 Respecto a los conceptos de libertad fáctica y de libertad jurídica, *cfr. ibidem*, capítulo 4.II.2.2.

24 Las siguientes reflexiones muestran que la tesis según la cual, sin la libertad fáctica, la libertad jurídica carecería de todo valor requiere numerosas diferenciaciones: *a*) el que todos tengan la libertad jurídica de elegir entre *h* y *-h* puede ser valioso para *a*, a pesar de no tener la posibilidad fáctica de llevar a cabo la elección, porque *a* se beneficia del hecho de que otros tengan la posibilidad de elegir; *b*) una libertad jurídica de *a* puede ser valiosa para *a*, a pesar de que, en el momento actual, *a* no tiene la posibilidad fáctica de hacer uso de ella, porque tiene la oportunidad de poder recurrir a ella en un momento futuro; *c*) *a* puede considerar que es valiosa para él la libertad jurídica de elegir entre *h* y *-h*, a pesar de que, por falta de libertad fáctica, sea para él inútil. Considera entonces la libertad jurídica como un fin en sí mismo, y *d*) la necesidad de numerosas otras diferenciaciones resulta del hecho de que, a menudo, las libertades fácticas no son una cuestión de todo o nada, sino un asunto de grado. Así, puede ser que para *a*, suponiendo que lleve una vida normal, sea inútil la libertad jurídica de elegir entre *h* y *-h*, pero que, si sacrifica mucho de lo que se considera como parte de una vida normal, tenga la posibilidad fáctica de la elección.

25 Stein, L. v., *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, t. 3 (ed. Salomon), Munich, 1921 (reimp. Darmstadt, 1959), p. 104.

26 *BVerfGE*, 33, 303 (p. 331).

27 Forsthoft, E., *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, Münster, 1954, p. 6.

tatales.²⁸ También, con la reserva de algunas cualificaciones,²⁹ puede estarse de acuerdo con esta tesis.

Desde luego, estas tesis no pueden constituir más que un punto de partida de un argumento a favor de los derechos fundamentales sociales. Que tal es el caso puede reconocerse fácilmente si se piensa que uno puede aceptar ambas tesis y hasta considerar que la creación de la libertad fáctica ha sido intencionada por la Constitución, sin llegar por ello a admitir la existencia de derechos fundamentales sociales. Basta tan sólo suponer una división de tareas entre los derechos fundamentales y el proceso político, según la cual a los primeros les corresponde preocuparse por la libertad jurídica, y al segundo, por la libertad fáctica.³⁰ Por lo tanto, para completar el argumento de la libertad, hay que exponer por qué la libertad fáctica tiene que ser asegurada iusfundamentalmente.

Para fundamentar esto no basta decir que los derechos fundamentales deben asegurar la libertad, que también la libertad fáctica es libertad y que, por lo tanto, los derechos fundamentales deben asegurar la libertad fáctica. Se trata justamente de la cuestión de saber si los derechos fundamentales deben asegurar también la libertad fáctica. Para justificar la adscripción de derechos sociales con la ayuda de un argumento de la libertad, hay que fundamentar, pues, que la libertad que los derechos fundamentales deben asegurar incluye la libertad fáctica.

Al respecto pueden aducirse, sobre todo, dos argumentos. El primero apunta a la importancia de la libertad fáctica para el individuo. Para tan

28 Cfr., por ejemplo, Böckenförde, E. W., *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Francfort del Meno, 1976, pp. 76 ss.; *Id.*, "Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge", pp. 8 y ss., y Scheuner, U., "Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat", *DöV*, 1971, pp. 505-513 (p. 511).

29 Importante es la indicación de Schwabe, J., *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, 1977, pp. 257 y ss., en el sentido de que puede constatarse una pérdida en el "ámbito vital dominado" cuando se contraponen el tipo ideal del burgués del siglo XIX con el ciudadano medio actual, pero que la tesis de la pérdida trae consigo dificultades cuando se compara el ciudadano medio del siglo XIX con el del XX. Esto fundamenta ciertamente una objeción en contra de la necesidad de basar los derechos fundamentales sociales en un cambio de la situación vital del ciudadano medio del siglo XX en relación con el del siglo XIX, pero no da pie a ninguna objeción en contra de su justificación invocando, entre otras cosas, la situación del individuo en la sociedad industrial. Hay que avanzar un paso más. También en sociedades no industriales, el "ámbito vital dominado" de muchos ciudadanos puede ser tan pequeño que haya motivos para proponer que su situación sea asegurada a través de derechos fundamentales sociales. Sin embargo, esto no dice nada en contra del hecho de que en sociedades industriales se necesitan actividades estatales para impedir una divergencia demasiado grande entre la libertad jurídica allí asegurada y la libertad fáctica de muchos.

30 Cfr. Klein, H. H., *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, 2a. ed., Stuttgart-Berlin-Colonia-Maguncia, 1974, pp. 48 y ss.

sólo presentar tres ejemplos: para el individuo tienen importancia existencial el no tener que vivir bajo el nivel de una existencia mínima, el no estar condenado a un permanente no hacer nada y el no quedar excluido de la vida cultural de la época. Para quien se encuentra en tales situaciones deficitarias, por cierto, los derechos fundamentales no carecen totalmente de valor.³¹ Justamente el menesteroso puede valorar, por ejemplo, especialmente aquellos derechos fundamentales que lo protegen, por ejemplo, del trabajo forzado y que le brindan la posibilidad de mejorar su situación a través del proceso político. Sin embargo, no hay duda de que para él tiene más importancia la superación de su situación deficitaria que las libertades jurídicas que, debido a su situación deficitaria, no le sirven para nada y que, por lo tanto, se convierten en “fórmulas vacías”.³² Si a esto se agrega que justamente la idea de los derechos fundamentales es que las cosas que para el individuo son especialmente importantes y que pueden ser aseguradas jurídicamente lo sean, el primer argumento a favor de la protección iusfundamental es completo.

El segundo argumento se vincula directamente con esto. Según él, la libertad fáctica es iusfundamentalmente relevante no sólo bajo el aspecto formal del aseguramiento de cosas especialmente importantes, sino también bajo aspectos materiales. El Tribunal Constitucional Federal ha interpretado el catálogo de derechos fundamentales como expresión de un sistema de valores “que encuentra su punto central en la personalidad humana que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad”.³³ A la luz de la teoría de los principios,³⁴ esto debe ser interpretado en el sentido de que el catálogo de derechos fundamentales expresa, entre otras cosas, principios que exigen que el individuo pueda desarrollarse libre y dignamente en la comunidad social, lo que presupone una cierta medida de libertad fáctica. Esto impone, pues, la conclusión de que los derechos fundamentales, si su objetivo es que la personalidad humana se desarrolle libremente, apuntan también a la libertades fácticas, es decir, deben asegurar también los presupuestos del uso de libertades jurídicas³⁵ y, por lo tanto, son “normaciones no sólo del poder hacer ju-

31 Cfr. Bleckmann, A., *Allgemeine Grundrechtslehren*, Colonia-Berlín, 1979, p. 162.

32 Böckenförde, E. W., *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, p. 77.

33 *BVerfGE*, 7, 198 (p. 205).

34 Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, capítulo 3.1.2.

35 Cfr. Saladin, P., “Die Funktion der Grundrechte in einer revidierten Verfassung”, *ZSR*, N.F., 87, 1968, p. 553: “la garantía de una libertad de actuar individual-autónomamente es sólo honesta y fecunda si, al mismo tiempo, están asegurados los presupuestos más esenciales de una utilización

rídico, sino también del *poder actuar realmente*".³⁶ La cuestión es si esta suposición, que encuentra apoyos adicionales en el principio del Estado social³⁷ y en el principio de la igualdad jurídica,³⁸ puede ser sostenida teniendo en cuenta los argumentos en contra.

Las objeciones más importantes en contra de los derechos fundamentales sociales pueden ser agrupadas en dos argumentos complejos, uno formal y otro material.

El argumento *formal* aduce un dilema: si los derechos fundamentales sociales son vinculantes, conducen a un desplazamiento de la política social desde la competencia del Parlamento a la del Tribunal Constitucional; si no son vinculantes, conducen a una violación de la cláusula de vinculación del artículo 1o., párrafo 3o., de la Ley Fundamental*. El punto de partida de este argumento es la tesis de que los derechos sociales fundamentales no son justiciables o lo son en una medida muy reducida.³⁹ Esta tesis puede apoyarse en el hecho de que el objeto de la mayoría de los derechos fundamentales sociales es muy impreciso. ¿Cuál es, por ejemplo, el contenido de un derecho fundamental al trabajo? La escala de interpretaciones concebibles se extiende desde un derecho utópico de cada uno a todo trabajo que desee, en todo lugar y en todo tiempo, hasta un derecho compensatorio a recibir ayuda en caso de desempleo. Pero, ¿cuál debe ser su monto? Los problemas con los otros derechos fundamentales sociales no son muy diferentes. También en el caso del derecho fundamental social más simple, el derecho a un mínimo vital, la deter-

de esta libertad, si el legislador constitucional no sólo se ocupa del otorgamiento de la 'liberté' sino también de la 'capacité' "

36 Häberle, P., "Das Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat. Die Numerus-clausus-Entscheidung vom 18.7.1972", *DöV*, 1972, p. 731.

37 Cfr. Friauf, K. H., "Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat", *DVBL*, 1971, p. 676, y Grabitz, E., *Freiheit und Verfassungsrecht*, Tübinga, 1976, pp. 41 y ss.

38 Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, capítulo 8.VI.2, y también Leibholz, G., *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3a. ed., Karlsruhe, 1967 (reed., Francfort del Meno, 1974), p. 131.

* N. de Ed. Artículo 1.3 de la Ley Fundamental: "los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable".

39 Cfr. Müller, J. P., *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, pp. 5 y ss. y 20 y ss.; Starck, C., "Die Grundrechte des Grundgesetzes", *Jus*, 1984, pp. 237-246 (p. 241); Tomandl, T., *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, Tübinga, 1967, pp. 17 y ss.; Brunner, G., *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, Tübinga, 1971, pp. 17 y ss., y Korinek, K., "Betrachtungen zur juristischen Problematik sozialer Grundrechte", *Die sozialen Grundrechte*, Viena, Academia Social Católica de Austria, 1971, p. 12.

minación de su contenido exacto plantea algunas dificultades.⁴⁰ Desde luego, las dificultades en la determinación del contenido exacto de derechos, al igual que la precisión de un concepto muy impreciso, no son algo insólito en la jurisprudencia y en la ciencia del derecho. Por lo tanto, la tesis de la justiciabilidad deficiente tiene que hacer valer algo más fuera de la imprecisión semántica y estructural de los derechos fundamentales sociales, es decir, la imposibilidad de llegar con medios específicamente jurídicos a una determinación exacta del contenido y estructura de derechos fundamentales sociales abstractamente formulados. Tiene que sostener que el derecho no ofrece pautas suficientes para ello. Pues, si el derecho carece de pautas suficientes, entonces la decisión acerca del contenido de los derechos fundamentales sociales es un asunto de la política.⁴¹ Pero esto significa que, de acuerdo con los principios de la división de poderes y de la democracia, la decisión sobre el contenido de los derechos fundamentales sociales no cae dentro de la competencia de los tribunales de justicia, sino en la del “legislador directamente legitimado por el pueblo”.⁴² Por lo tanto, los tribunales pueden decidir en el ámbito de los derechos fundamentales sociales sólo si el legislador ya ha decidido.

El argumento de la competencia adquiere especial importancia debido a los efectos financieros de los derechos fundamentales sociales. A causa de los considerables costos financieros vinculados con el cumplimiento de los derechos fundamentales sociales, la existencia de derechos fundamentales sociales amplios judicialmente imponibles conduciría a que la política presupuestaria estaría determinada, en partes esenciales, por el derecho constitucional.⁴³ Como el Tribunal Constitucional Federal tendría que controlar la observancia de estas disposiciones, la política presupuestaria quedaría, en gran medida, en manos del Tribunal Constitucional, lo que contradiría la Constitución.

40 Bleckman, A., *Allgemeine Grundrechtslehren*, Colonia-Berlín, 1979, p. 164.

41 Wiegand, D., “Sozialstaatsklausel und soziale Teilhaberechte”, *DVBl*, 1974, p. 660.

42 Cfr. la fórmula en el fallo sobre el ruido provocado por aviones, *BVerfGE*, 56, 54 (p. 81).

Cfr., por ejemplo, Martens, W., “Grundrechte im Leistungsstaat”, pp. 35 y ss.; Böckenförde, E. W., “Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge”, pp. 11 y ss.; Hesse, K., “Bestand und Bedeutung der Grundrechte”, *EuGRZ*, 1978, p. 434, y Grabitz, E., *Freiheit und Verfassungsrecht*, p. 46.

43 Cfr., por ejemplo, Starck, C., “Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?”, en Starck, C. (comp.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Tubinga, 1976, t. 2, pp. 480-526 (p. 518).

Quien desee evitar este resultado insostenible y, sin embargo, conservar los derechos fundamentales sociales tiene —si se siguen las vías del argumento formal— sólo una salida. Las normas no sometidas al control del Tribunal Constitucional, o sea, normas que corresponden a las posiciones (5)-(8) de la tabla presentada más arriba. Pero normas iusfundamentales no vinculantes son irreconciliables con la cláusula de vinculación del artículo 1o., párrafo 3o., de la Ley Fundamental.⁴⁴ Si el argumento formal es correcto, la aceptación de derechos fundamentales sociales fracasa frente al dilema: desplazamiento inconstitucional de competencia o violación de la cláusula de vinculación.

El argumento *material* en contra de los derechos fundamentales sociales aduce que los derechos fundamentales sociales son irreconciliables con normas constitucionales materiales o, al menos, entran en colisión con ellas. En la medida en que estas normas constitucionales materiales confieren derechos de libertad, el argumento material es un argumento de libertad en *contra* de los derechos fundamentales sociales que se apoyan en un argumento de libertad.⁴⁵

La colisión entre derechos fundamentales sociales y derechos de libertad se vuelve especialmente clara en el derecho al trabajo. En un sistema de economía de mercado, el Estado puede disponer sólo limitadamente del objeto de este derecho.⁴⁶ Si quisiera satisfacer el derecho de todo desempleado a un puesto de trabajo tendría que dar ocupación a todo desempleado dentro del marco de la administración pública existente o bien limitar y hasta eliminar la disponibilidad de los puestos de trabajo por parte de la economía privada. Lo primero, en todo caso como solución general, no puede ser tomado en cuenta, pues, bajo las condiciones dadas, sólo conduciría a la desocupación oculta por el derecho de la administración pública. Lo segundo conduce o bien a una amplia reducción de la capa-

44 Cfr. Starck, C., "Die Grundrechte des Grundgesetzes", *Jus*, 1981, p. 241; Klein, H., *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, pp. 58 y ss., y Mutius, A. v., "Grundrechte als 'Teilhaberechte'", p. 193.

45 Respecto a la tesis según la cual los derechos fundamentales sociales y los derechos clásicos de libertad son recíprocamente incompatibles, cfr. Huber, H., "Soziale Verfassungsrechte?", en Fortshoff, E. (comp.), *Rechtsstaetlichkeit und Sozialstaetlichkeit*, Darmstadt, 1968, p. 9; Martens, W., "Grundrechte im Leistungsstaat", p. 33; Klein, H. H., *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, pp. 64 y ss.; *Id.*, "Ein Grundrecht auf saubere Umwelt?", en Schneider, H. y Götz, V. (comps.), *Festschrift für W. Weber*, Berlin, 1974, pp. 643-661 (pp. 657 y ss.); Fortshoff, E., *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2a. ed., Munich, 1971, pp. 73-78, y Schambeck, H., *Grundrechte und Sozialordnung*, Berlin, 1969, pp. 127 y ss.

46 Cfr. Brunner, G., *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, Tubinga, 1971, pp. 14 y ss.

cidad de decisión de la economía privada o a su eliminación. Pero esto significa, entre otras cosas, una intervención en los derechos fundamentales de quienes disponen de la propiedad de los bienes de producción.⁴⁷

Una colisión entre los derechos fundamentales sociales de los unos y los derechos de libertad de los otros se produce no sólo cuando el Estado, como en el caso del derecho a un puesto de trabajo, dispone sólo limitadamente de forma directa del objeto del derecho en una economía de mercado. Todos los derechos fundamentales sociales son muy costosos. En el cumplimiento de los derechos fundamentales sociales, el Estado puede distribuir sólo aquello que, bajo la forma de tasas e impuestos, saca de otros.⁴⁸ Pero esto significa que los muchas veces mencionados límites de la capacidad de rendimiento del Estado resultan no sólo de los bienes distribuibles existentes, sino esencialmente de aquello que el Estado puede tomar de los propietarios de estos bienes para fines distributivos sin lesionar sus derechos fundamentales.

A menudo se habla no sólo de una colisión entre derechos fundamentales sociales de los unos y de los derechos de libertad de otros titulares de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, se dice que un derecho al trabajo implica un deber de trabajar.⁴⁹ Por cierto, la vinculación entre un derecho al trabajo y un deber de trabajar se da a menudo;⁵⁰ pero, sin embargo, no es necesaria. Un Estado que introduzca un derecho al trabajo puede también renunciar a un deber de trabajar si está interesado en que trabaje el mayor número posible de ciudadanos. El interés en trabajar, sobre todo el interés en el salario, puede ser para muchos ciudadanos un

47 Cfr. Tomandl, Th., *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, 2a. ed., Munich, 1971, pp. 30 y ss.; Brunner, G., *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, pp. 14 y ss.; Starck, C., "Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung", p. 519; *Id.*, "Die Grundrechte des Grundgesetzes", p. 241; Isensee, J., "Verfassung ohne soziale Grundrechte", pp. 379 y ss.; Scholz, R., "Das Recht auf Arbeit", en Böckenförde, E. W. B.; Jekewitz, B. y Ramm, Th. (comps.) *Soziale Grundrechte*, Heidelberg-Karlsruhe, 1981, pp. 84 y ss., y Lücke, J., "Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge", p. 39. También quienes propician un derecho al trabajo admiten que su realización plena no es posible sin una intervención en los derechos fundamentales de los propietarios de los bienes de producción: cfr., por ejemplo, Däubler, W., "Recht auf Arbeit verfassungswidrig?", en Achten, U. et. al. (comps.), *Recht auf Arbeit - eine politische Herausforderung*, Neuwied-Darmstadt, 1978, pp. 171, quien propone la intervención a través del artículo 15 de la Ley Fundamental. Para el derecho al trabajo en general, cfr. Ryffel, H. y Schwartländer, J. (comps.), *Das Recht des Menschen auf Arbeit*, Kehl-Estrasburgo-Arlington, 1983.

48 Cfr. Schmitt, C., "Nehmen!Teilenweiden", en *Id.*, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, 1975, p. 503; Leisner, W., "Der Eigentümer als Organ der Wirtschaftsverfassung", *DöV*, 1975, p. 74.

49 Cfr. Isensee, J., "Verfassung ohne soziale Grundrechte", p. 380.

50 Cfr., por ejemplo, el artículo 24 de la Constitución de la República Democrática Alemana de 1968.

incentivo suficiente para hacer uso de su derecho al trabajo. Desde luego, otra sería la situación si el derecho a un mínimo vital colocase al individuo ya en una situación en la que el ejercicio del derecho al trabajo dejase de ser atractivo para él.

Finalmente, hay que mencionar colisiones de derechos fundamentales sociales con otros derechos fundamentales sociales como así también colisiones entre derechos fundamentales sociales y bienes colectivos. Un ejemplo de lo primero es la colisión entre un derecho al trabajo y un derecho fundamental ambiental. Colisiones entre derechos fundamentales sociales y bienes colectivos, por ejemplo, la defensa del país, resultan del hecho de que la realización de ambos absorbe considerables partes del presupuesto, es decir, de los ya mencionados efectos financieros de los derechos fundamentales sociales.

III. UN MODELO DE DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES

Si uno echa una mirada a los argumentos en pro y en contra de los derechos fundamentales sociales, nota claramente que ambas partes pueden aducir razones de peso. La solución reside en un modelo que tome en cuenta los argumentos en pro y en contra. Este modelo es expresión de la idea rectora formal presentada más arriba,⁵¹ según la cual los derechos fundamentales de la Ley Fundamental son posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria. Referido al presente problema, esto significa que a cada uno le corresponden las posiciones de prestaciones jurídicas como derechos fundamentales sociales que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria.

De acuerdo con esta fórmula, la cuestión acerca de cuáles son los derechos fundamentales sociales que el individuo posee definitivamente es una cuestión de la ponderación entre principios. Por un lado se encuentra, sobre todo, el principio de la libertad fáctica.⁵² Por el otro, se encuentran los principios formales de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de la división de poderes, como

51 Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, capítulo 9.1.5.

52 Cuando también el principio de la igualdad fáctica exige un derecho de prestación (cfr. *ibidem*, capítulo 8.VI.3) resulta una doble fundamentación.

así también principios materiales que, sobre todo, se refieren a la libertad jurídica de otros pero, también, a otros derechos fundamentales sociales y a bienes colectivos.

El modelo no dice cuáles derechos fundamentales sociales definitivos tiene el individuo, pero sí cuáles puede tener y qué es lo que interesa en la cuestión de su existencia y su contenido. La respuesta detallada a esta cuestión es tarea de la dogmática de los diferentes derechos fundamentales sociales. Pero, con todo, es posible dar una respuesta general. Habrá que considerar que una posición de prestación jurídica está definitivamente garantizada iusfundamentalmente si *a*) la exige muy urgentemente el principio de la libertad fáctica, y *b*) el principio de la división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestada del Parlamento) al igual que *c*) principios materiales opuestos (especialmente aquéllos que apuntan a la libertad jurídica de otros) son afectados en una medida relativamente reducida a través de la garantía iusfundamental de la posición de prestación jurídica y las decisiones del Tribunal Constitucional que la toman en cuenta. En todo caso, estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel mínimo de asistencia médica. En lo que sigue, se analizarán algunas objeciones en contra del modelo.

También los derechos fundamentales sociales mínimos tienen considerables efectos financieros cuando son muchos quienes los hacen valer. Sin embargo, esto solo no justifica inferir la no existencia de estos derechos. La fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto.⁵³ Derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financiera. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal, en su decisión sobre el dinero para la vivienda de quienes reciben asistencia social aumentó, con consecuencias financieras, el círculo de quienes tenían derecho a esta prestación, a fin de eliminar una desigualdad de tratamiento⁵⁴ y, en una decisión sobre la duración de la prisión preventiva, obligó al Estado a facilitar los medios necesarios para evitar una prisión preventiva desproporcionadamente lar-

53 Cfr., sobre este concepto, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, capítulo 3.1.7.2.

54 *BVerfGE*, 27, 220 (pp. 228 y ss.).

ga.⁵⁵ Todos los derechos fundamentales limitan la competencia del legislador;⁵⁶ a menudo, lo hacen de una forma incómoda para éste y, a veces, afectan también su competencia presupuestaria cuando se trata de derechos financieros más gravosos.

El grado de ejercicio de los derechos fundamentales sociales aumenta en tiempos de crisis económica. Pero, justamente entonces, puede haber poco que distribuir. Parece plausible la objeción según la cual la existencia de derechos fundamentales sociales definitivos, por más mínimos que sean, vuelve imposible en tiempos de crisis la necesaria flexibilidad y, por ello, una crisis económica puede conducir a una crisis constitucional.⁵⁷ Sin embargo, cabe señalar que no todo lo que existe como derecho social está exigido por derechos sociales iusfundamentales mínimos; segundo, las ponderaciones necesarias, de acuerdo con el modelo aquí propuesto, pueden, bajo circunstancias diferentes, conducir a diferentes derechos definitivos y, tercero, justamente en tiempos de crisis, parece indispensable una protección iusfundamental de las posiciones sociales, por más mínima que ella sea.

Contra el modelo aquí propuesto, puede también hacerse valer la objeción de la justiciabilidad deficiente. Aquí cabe responder, sin embargo, que los problemas de justiciabilidad que surgen en el marco de este modelo no se diferencian básicamente de los que se presentan en los derechos fundamentales tradicionales.⁵⁸ No pocas veces, con respecto a los derechos de libertad se presentan problemas de ponderación muy complejos cuya solución puede tener consecuencias de largo alcance para la vida de la comunidad. Por lo demás, vale: la existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad, cualquiera que sea la forma en que se la describa, lo que sucede, más bien, es que, cuando existe un derecho, éste es también justiciable. Ninguna objeción de peso fundamenta el hecho de que los derechos fundamentales sociales necesiten

55 BVerfGE, 36, 264 (p. 275); Cfr., además, Schwabe, J., *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, 1977, p. 266. Un ejemplo de una decisión en el ámbito clásico de derechos de defensa con una clara eficacia financiera desde el ámbito de los ingresos lo ofrece el fallo del Tribunal Constitucional Federal sobre préstamos forzosos, cfr. BVerfGE, 67, 256 (pp. 274 y ss.).

56 Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, capítulo 4.II.3.6.2.

57 Isensee, J., "Verfassung ohne soziale Grundrechte", pp. 381 y ss.

58 Cfr. Klein, Fr. en Mangoldt, H. v. y Klein, Fr., *Das Bonner Grundgesetz*, t. I: *Observación preliminar*, A.IV.3; Saladin, P., "Die Funktion der Grundrechte in einer revidierten Verfassung", ZSR, N.F., 87, 1968, pp. 531-560 (p. 553); Wildhaber, L., "Soziale Grundrechte", p. 384; Steiger, H., *Mensch und Umwelt zur Frage eines Umweltgrundrechts*, Berlín, 1975, pp. 40 ss., y Lorenz, D., "Bundesverfassungsgericht und soziale Grundrechte", p. 21.

una configuración jurídica ordinaria. Por ejemplo, la competencia y el procedimiento tienen que ser reglados. Esto vale también para otros derechos fundamentales. Tampoco razones procedimentales pueden apoyar la tesis de la no justiciabilidad. Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, en modo alguno un Tribunal Constitucional es impotente frente a un legislador inoperante.⁵⁹ El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución,⁶⁰ a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución,⁶¹ hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución.⁶²

El modelo presentado es un modelo de ponderación. Es característico de todos los modelos de ponderación que lo debido *prima facie* es más que lo definitivamente debido. Podría pensarse que esta construcción es inaceptable cuando se trata de derechos sociales. Conduciría, primeramente, a ilusiones y, luego, a frustraciones.⁶³ Ya más arriba se refutó la objeción general según la cual las normas de derecho fundamental primeramente protegen algo *prima facie* y luego, a través de restricciones, lo excluyen definitivamente de la protección.⁶⁴ Por lo que respecta al hecho de que esto debe extenderse también a los derechos fundamentales sociales, es instructiva la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el *numerus clausus*. El Tribunal parte de un derecho subjetivo vinculante *prima facie* de todo ciudadano que haya aprobado el bachillerato a acceder al estudio universitario de su elección. Este carácter *prima facie* es correctamente expresado cuando dice que este derecho le pertenece a su titular “en sí”⁶⁵ y que es limitable.⁶⁶ Que el derecho, en tanto

59 Cfr. Schmidt, W., “Soziale Grundrechte im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland”, p. 19; Friesenhahn, E., “Der Wandel des Grundrechtsverständnisses”, *Verhandlungen der fünfzigsten Deutschen Juristentages*, Hamburgo, 1974, t. II, Munich, 1974, pp. G1-37 (p. G 16).

60 Cfr., por ejemplo, *BVerfGE*, 39, 316 (p. 333). Respecto a la idea de una “subjetivización de constatación”, cfr. Müller, Fr.; Pieroth, B. y Frohmann, L., *Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie*, Berlín, 1982, pp. 165 y ss.

61 Cfr., por ejemplo, *BVerfGE*, 33, 1 (p. 13).

62 Cfr. *BVerfGE*, 3, 225 (pp. 237 y ss.), y 43, 154 (pp. 169 y ss.).

Cfr. al respecto, Ipsen, J., *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, pp. 132 y ss.

63 Cfr. Isensee, J., “Verfassung ohne soziale Grundrechte”, pp. 382 y ss., y Rupp, H. H., “Vom Wandel der Grundrechte”, *AöR*, 101, 1976, pp. 161-201 (p. 177).

64 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, capítulo 6.11.2.2.

65 *BVerfGE*, 43, 291 (pp. 31 y ss.).

66 *Idem*.

derecho *prima facie*, es un derecho vinculante y no tiene, por ejemplo, sólo un carácter programático se percibe claramente cuando se dice que el derecho no puede “depender en su validez normativa del menor o mayor grado de sus posibilidades de realización”.⁶⁷ Pero la propiedad de derecho vinculante *prima facie* significa que la cláusula restrictiva de este derecho, la “reserva de lo posible en el sentido de aquello que el individuo puede razonablemente exigir de la sociedad”,⁶⁸ no tiene como consecuencia la ineficacia del derecho. Esta cláusula expresa simplemente la necesidad de ponderación de este derecho. Por lo que respecta a la coincidencia de todos los derechos fundamentales en este punto, tiene un gran interés sistemático cuando el Tribunal Constitucional Federal, en el primer fallo sobre el *numerus clausus*, traslada la fórmula de la “tensión individuo-sociedad”, desarrollada en el contexto de la libertad general de acción, al derecho a la prestación allí analizada.⁶⁹ En los fallos sobre el *numerus clausus*, la ponderación no conduce a un derecho definitivo de cada individuo a ser admitido en el estudio de su elección pero, en todo caso, a un derecho definitivo a un procedimiento de selección que le otorga una oportunidad suficiente,⁷⁰ lo que indica una conexión entre los derechos fundamentales sociales y los derechos a procedimiento analizados más arriba. Pero, para poder medir las regulaciones procedimentales con el derecho fundamental, es indispensable partir de un derecho vinculante *prima facie*.

La estructura argumentativa implicada por los derechos *prima facie* es racional porque es racional practicar las fundamentaciones jurídicas como un juego de razones en pro y en contra. Aquí, las razones de ambas partes, tomadas en sí mismas, apuntan demasiado alto. No puede nunca excluirse que alguien haga valer sólo las razones de una de las partes y, por ello, llegue a resultados exagerados. Pero, esto es posible no sólo en el caso de los derechos fundamentales sociales, sino también en el de los derechos de libertad clásicos. Quien sólo hace valer el principio de la libertad jurídica llega a resultados exagerados, al igual que aquél para quien sólo existe el principio de la libertad fáctica. El hecho de que de una estructura de fundamentación racional puedan arrancarse trozos que luego son utilizados de una forma irracional no es razón alguna para re-

67 *Idem*.

68 *BVerfGE*, 43, 291 (p. 314), y 33, 303 (p. 333).

69 *BVerfGE*, 33, 303 (p. 333).

70 *Cfr. BVerfGE*, 43, 291 (pp. 316 y ss.).

nunciar a ella, a favor de una estructura de fundamentación menos racional. Quien no se deje convencer a través del juego necesario de razones en pro y en contra en el modelo aquí propuesto, en el sentido de que no existe ninguna protección iusfundamental definitiva, difícilmente se convencerá de afirmaciones tales como que aquello que quiere ver protegido iusfundamental y definitivamente no está protegido “desde el comienzo”. Por ello, una renuncia a la estructura de fundamentación requerida por la teoría de los principios no puede fundamentarse con argumentos pedagógicos en pro de los derechos fundamentales, algo que, en todo caso, sería muy dudoso para una teoría científica.

Finalmente, podría pensarse que el modelo presentado desplaza indebidamente lo objetivo a favor de lo subjetivo. Esta objeción podría apoyarse en la tesis de Häberle del carácter excesivo de las normas iusfundamentalmente relevantes: “así en el Estado de prestaciones, el derecho objetivo iusfundamentalmente relevante ‘se adelanta’ al derecho (fundamental) subjetivo. Existen mandatos constitucionales (‘principios’) de uso de derecho fundamental, a los cuales (todavía) no corresponde ningún derecho subjetivo público”.⁷¹ Häberle expresa así de una forma muy clara lo que muchos afirman cuando califican el problema de los derechos fundamentales sociales primariamente como un problema de meras obligaciones objetivas del Estado.⁷² Aquí será mencionado sólo Hesse, quien habla de una obligación positiva del Estado “a hacer todo para realizar los derechos fundamentales, aun cuando no exista al respecto ningún derecho subjetivo de los ciudadanos”. De esta manera, el legislador recibiría “directivas e ‘impulsos’ de los derechos fundamentales”. Desde luego, por lo general, no es posible inferir de aquí “una obligación concreta de los órganos estatales”, en donde encontraría sus límites el control por parte del Tribunal Constitucional.⁷³

Sin embargo, para el modelo propuesto no vale la objeción de que no tendría en cuenta la importancia de lo objetivo. Por el contrario, ofrece

71 Häberle, P., “Grundrechte im Leistungsstaat”, p. 108.

72 *Cfr.*, por ejemplo, Rupp, J. H., “Vom Wandel der Grundrechte”, p. 177; Krebs, W., *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, pp. 122 y ss.; Böckenförde, E. W., “Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge”, pp. 12 y ss.; Badura, P., “Das Prinzip der sozialen Grundrechte”, *Der Staat*, 14, 1975, pp. 17-48 (pp. 27 y ss.); Scheuner, U., “Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat”, *DöV*, 1971, pp. 505-513 (p. 513), y Müller, J. P., *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, 2a. ed., Basilea-Francfort del Meno, pp. 192, 239 y ss.

73 Hesse, K., “Bestand und Bedeutung”, pp. 95 y ss.

una base para una versión más exacta del contenido correcto de la primacía de lo objetivo. La clave es la teoría de los principios.

De acuerdo con el modelo, el individuo tiene un derecho definitivo a la prestación cuando el principio de la libertad fáctica tiene un peso mayor que los principios formales y materiales opuestos tomados en su conjunto. Éste es el caso de los derechos mínimos. A este tipo de derechos mínimos definitivos se hace posiblemente referencia cuando derechos a prestaciones públicas subjetivos y justiciables son contrapuestos a un contenido objetivo excesivo. Frente a derechos definitivos que son el resultado de una ponderación, los derechos *prima facie* que corresponden a los principios para los cuales el derecho “en sí” a ser admitido en un estudio universitario es un ejemplo,⁷⁴ tiene siempre algo excesivo. El concepto de lo excesivo no está, pues, ligado a la dicotomía subjetivo-objetivo.

El paso desde el modelo a un nivel objetivo es posible porque a los derechos *prima facie* corresponden deberes *prima facie*. Estos deberes son deberes *prima facie* del Estado de procurar que a las libertades jurídicas de los titulares de los derechos fundamentales correspondan libertades fácticas. Naturalmente, el plano objetivo surgido de esta manera no es *meramente* objetivo sino *también* objetivo.

Los deberes *prima facie* del Estado tienen, frente a sus deberes definitivos, un contenido claramente excesivo. Esto no significa que no sean vinculantes. Sería un error considerar los deberes *prima facie*, en la medida en que a ellos no corresponde ningún deber definitivo, es decir, en el ámbito de lo excesivo, como deberes no vinculantes o como enunciados puramente programáticos. Puede reconocerse que existe una diferencia fundamental entre deberes *prima facie* y deberes jurídicamente no vinculantes en el hecho de que los deberes *prima facie* tienen que ser establecidos a través de ponderaciones y, en cambio, esto no sucede en el caso de los deberes no vinculantes. Para el incumplimiento de un deber *prima facie* tiene que existir, desde el punto de vista del derecho, razones aceptables; pero ello no rige para el caso del incumplimiento de un deber jurídicamente no vinculante. Un deber *prima facie* puede, si no existe ninguna razón aceptable para su incumplimiento, conducir a un deber definitivo; un deber no vinculante, nunca.

74 *BVerfGE*, 43, 291 (p. 315).

Así como Häberle tiene razón cuando rechaza la “alternativa derecho subjetivo o enunciado programático” —la tabla muestra que esta alternativa es incompleta—⁷⁵ se equivoca cuando rechaza la “equiparación: vinculación jurídica igual a control judicial.”⁷⁶ De acuerdo con la Ley Fundamental, vinculación jurídica implica control judicial. Para que la observación de Häberle fuera correcta, tendría que ser entendida como una referencia a las peculiaridades de un control judicial del cumplimiento de deberes *prima facie* del Estado. Estas peculiaridades consisten en dos cosas. Por una parte, no puede ser objeto del control el que se cumpla todo lo que exige un deber *prima facie*, sino sólo si se cumple lo que queda como deber definitivo en vista de los deberes *prima facie* opuestos. Por otra, en los principios opuestos juegan un papel decisivo no sólo principios materiales, sino también formales, sobre todo la competencia del legislador democráticamente legitimado. Pero ambas cosas no modifican en nada el hecho de que puede ser objeto del control del Tribunal Constitucional si, a la luz de los principios opuestos, el deber *prima facie* ha sido satisfecho en medida suficiente.

La competencia del Tribunal termina en los límites de lo definitivamente debido. Pero también más allá de estos límites, los principios contienen exigencias normativas al legislador. Un legislador que cumple principios iusfundamentales más allá del ámbito de lo definitivamente debido cumple normas de derecho fundamental, aún cuando para ello no esté obligado definitivamente y, por ello, no pueda ser obligado por un Tribunal Constitucional.

75 Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, capítulo 9.IV.1.

76 Häberle, P., “Grundrechte im Leistungsstaat”, pp. 107 y ss.