

LA CARACTERIZACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO (*)

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

El excelente libro de Encarnación Carmona Cuenca que se recensiona pretende ser un alegato en defensa del Estado social, cuya pervivencia la autora considera, hoy por hoy, imprescindible. Se estructura en dos partes bien diferenciadas, una dedicada al estudio histórico y doctrinal del Estado social de Derecho (en la que se examina su génesis y evolución) y otra dedicada al estudio del Estado social de Derecho en la Constitución española de 1978. Cada uno de estos apartados precisa de enfoques y rudimentos de trabajo muy distintos entre sí, y la autora maneja unos y otros con envidiable soltura.

Las primeras páginas examinan la génesis del denominado Estado de Derecho en la doctrina alemana, en el marco del dualismo germánico, con el fin de controlar jurídicamente el poder ejecutivo, pero que dará paso a la primacía del legislador a través de una concepción formal de la Ley que supera su visión institucional. Solamente con la instauración del sufragio universal, y el consiguiente temor a las reformas promovidas por la clase trabajadora, se invocará nuevamente el fundamento iusnaturalista que permite distinguir la Ley del Derecho y se establecerá un control de constitucionalidad sobre la ley.

Por su parte, el Estado social tiene su antecedente en la legislación decimonónica surgida en algunos países europeos (Inglaterra, Alemania —como punto de encuentro entre las ideas socialistas moderadas y social-conservadoras representadas, entre otros, por Lasalle y von Stein, respectivamente— y, poste-

(*) Comentario al libro de ENCARNACIÓN CARMONA CUENCA, sobre *El Estado social de Derecho en la Constitución* (Consejo Económico y Social. Madrid, 2000, 198 págs.). Otro enfoque reciente de esta misma cuestión es el utilizado por FRANCISCO JOSÉ CONTRERAS PELÁEZ (*Defensa del Estado social*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, 191 págs.), del que también se ha dado cuenta en el anterior número de esta misma *Revista*.

riormente, España) sobre el trabajo infantil o femenino, la educación o la progresividad fiscal. La idea del Estado social debe mucho a Herman Heller (1929), para quien era preciso dotar al liberalismo de un contenido social, que atenuara las desigualdades que genera. El Estado social adquiere rango Constitucional en Querétaro (1917) y, especialmente, en Weimar (1919) (en donde se afirma la protección de la familia y de la juventud, algunas normas de influencia marxista —tutela estatal del suelo y de las empresas privadas— y muchos derechos y garantías laborales), y un notable desarrollo legislativo a partir de la crisis de 1929 y la aportación de John Maynard Keynes (recuérdese el *new deal* norteamericano).

Con la defensa del Estado social de Derecho, Herman Heller pretende volver a dotar de contenido sustancial (atender a los fines existenciales de todos) a un descafeinado Estado de Derecho, convertido por la burguesía en un mero concepto técnico-formalista (igualdad formal de todos en la aplicación de la ley); se trata, en definitiva, de contemplar al hombre «en la totalidad de sus condiciones sociales, económicas e individuales» (pág. 54). Aunque tal fórmula se consagra, de forma privilegiada además (artículo 79.3), en la Ley Fundamental de Bonn, en la determinación de su sentido han influido otros autores. El pensamiento de Ernst Forsthoff, que se articula sobre una configuración prestacional de la Administración (que no puede ser exigida por los ciudadanos) y sobre la representación, suscita las dos cuestiones más polémicas referidas al Estado social de Derecho: ¿es compatible el Estado social con el Estado de Derecho? ¿encierra en todo caso un contenido jurídico? El citado jurista entiende que el Estado social puede marcar los fines del Estado, impedir incluso una interpretación radicalmente individualista de los derechos fundamentales, pero que su realización compete fundamentalmente al legislador y a la Administración, cuya actuación está sometida al Estado de Derecho. Otros autores, como W. Abendroth, defienden, sin embargo, la *juridicidad* de la fórmula Estado social de Derecho, que encierra un concepto de justicia social y la posibilidad que el legislador tiene de transformar el orden económico y social. Nadie discute hoy la relevancia jurídica del Estado social, que se presenta como un principio rector vinculante (Ernst Benda), como una habilitación y mandato constitucional al legislador para que se interese por los asuntos sociales, para que adopte como tarea propia la consecución de un orden social justo (Tribunal Constitucional Federal). Y pese a la ausencia de disposiciones concretas que desarrollen la idea del Estado social en la Constitución alemana, se admite también la complementariedad de este Estado social con el clásico Estado de Derecho. Se entiende, en definitiva, que el Estado social es una norma abierta, un programa a realizar, que define los fines del Estado y que obliga y legitima al legislador a actuar en términos de configuración social, asegurando un míni-

mo existencial a cada persona. Las pretensiones perseguidas con el Estado social pueden afectar también a los particulares, puesto que si bien es cierto que el Estado no puede imponer a sus ciudadanos el amor al prójimo, como pretendiera Marcic, sí puede partir de una obligación de conducta social o solidaria de aquéllos, alentando la previsión y responsabilidad de los particulares, y cubriendo sus lagunas con una intervención pública. Asimismo puede regular fines antagónicos en la sociedad, tratando de conjugar los distintos intereses en juego a través del Derecho.

Aunque el Estado social se ha impuesto con carácter general después de la segunda guerra mundial (aunque de forma limitada en el mundo anglosajón, con el *Welfare State* —M. García Pelayo—), las críticas radicales (James Oconnor) y neoliberales que siguieron a la crisis de los años setenta, que ya habían sido adelantadas por el propio Forsthoff en 1956, han conducido a su reformulación. Ésta es especialmente visible en un Estado menos intervencionista que en el pasado, sobre todo en el plano económico, pero ha resistido bien el envite del Estado asistencial, acaso porque *a*) el mismo ha servido para mitigar los efectos sociales nocivos de las políticas de reconversión industrial, y porque *b*) es sentido como integrante de la conciencia moral de la época, lo que se demuestra en que constituye una reivindicación suprapartidista en las democracias actuales. En todo caso, se aprecian dos nuevos retos. Uno referido a la contención que el Estado debe hacer del dinero y del Derecho, para poner ahora el acento en la actuación de la sociedad sobre si misma (a través quizá de la participación). Otro, conectado con la necesidad de extender los beneficios del Estado social a todos los países que forman parte de la comunidad internacional, con independencia de su grado de desarrollo económico.

Hasta aquí un esquemático resumen del estudio general sobre el Estado de Derecho y el Estado social de Derecho. Encarnación Carmona Cuenca se adentra a continuación en un análisis jurídico-constitucional de los principales contenidos constitucionales que recogen y desarrollan en nuestro ordenamiento estas Instituciones.

El examen del Estado de Derecho en la Constitución española lleva a la autora a examinar cuestiones tales como el principio de primacía de la Ley (donde recuerda las posiciones sustentadas por Rubio Llorente y Garrorrena Morales, entre otros, de un lado, y las mantenidas por el profesor Otto, de otro), el principio de jerarquía normativa y los restantes principios recogidos en el artículo 9.3 CE (casi todos ellos conectados con el principio de seguridad jurídica y la limitada actuación de los poderes públicos), el principio de separación de poderes (que exige una significativa reformulación, al constatar el ininterrumpido avance de los poderes efectivamente ejercidos por los ejecutivos a costa de los parlamentos, que ha provocado, entre otras cosas, la judicializa-

ción de la política y, lo que es más grave, la politización de la justicia) y los derechos fundamentales (que cuentan con garantías jurisdiccionales —artículos 24 y 53.2 CE— y normativas —artículos 53.1, 81.1 y 168 CE—, y que constituyen «elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional» —STC 25/1981—).

El último capítulo del libro de Encarnación Carmona Cuenca analiza la proyección del Estado social de Derecho en la Constitución, auxiliándose para ello en el esquema propuesto en su día por Helmut Ridder, que se concreta en la referencia social de los derechos fundamentales, la vinculación social del Estado y la articulación de la sociedad sobre bases democráticas.

De estas materias, la más importante desde un punto de vista cuantitativo es la primera. La referencia social de los derechos fundamentales abandona el enfoque liberal que concedía a todos los derechos una misma posición jurídica, olvidando las relaciones sociales de poder y propone ahora una visión material de la igualdad. Pero para lograr este fin es preciso revisar el modelo liberal de los derechos, y realizar algunas novedosas aportaciones al mismo, tanto en lo que atañe al listado de los derechos fundamentales como en lo referido a su eficacia. Esa revisión de los derechos liberales se concreta, de un lado, en la aparición de nuevos límites que condicionan algunos derechos clásicos, como son la libertad contractual —vid. artículos 35, 28.2 y 37 y 40.2 CE—, la libertad de empresa —en el marco del intervencionismo estatal, vid. artículos 38, 40.1, 18.2, 129.2 y 131 CE y la STC 88/1986, que establece el principio de unidad del mercado como límite— y el —antes sagrado e inviolable— derecho de propiedad, que debe prestar ahora una función social (STC 37/1987, en ocasiones concretada a la luz de otras previsiones constitucionales —artículos 128 y 39-52 CE—) y puede verse sometido, por razones de interés general (vid. artículos 128 y 129.2 CE), a la expropiación forzosa (artículo 33.3 CE). Pero es también conveniente, de otro lado, potenciar algunos derechos liberales; en concreto, aquéllos que canalizan los medios de lucha de los trabajadores (como son libertad sindical, que ya había sido prevista en la Constitución mexicana de 1917, y que beneficia hoy al trabajador y a los sindicatos, y el derecho de huelga, que se privilegia en relación con el *lock-out* empresarial), lo que se consigue dotándoles de las máximas garantías jurisdiccionales y normativas.

Las principales aportaciones que el Estado social de Derecho realiza a los derechos fundamentales se concretan en una nueva visión del principio de igualdad y en los derechos sociales. La antigua visión formal del principio de igualdad, conservadora en el sentido de que servía para garantizar el *status quo* de cada cual, da paso a una visión transformadora de la sociedad, recogida en el artículo 9.2 CE, que protege los sectores más desfavorecidos y puede exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la

igualdad sustancial (STC 114/1983, entre otras). Los derechos sociales, por su parte, son los derechos de cualquier ciudadano a recibir una prestación positiva por parte de los poderes públicos directa o indirecta (lo que aconseja excluir de tal ámbito, a juicio de la autora, la libertad sindical y el derecho de huelga), en función de la participación en los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad (M. Mazziotti). Aunque se ha discutido extensamente si poseen o no eficacia jurídica (y algunos autores, como Carl Schmitt, han negado ésta apoyándose en el carácter relativo de tales derechos, en sus perfiles difusos, en su carácter dinámico, y en su falta de concretización), es oportuno recordar que algunos de estos derechos han sido constitucionalizados de forma temprana (artículos 21 y 22 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793 y, muy especialmente, Preámbulo de la Constitución francesa de 1848), que se recogen hoy en muchas Constituciones democráticas (Preámbulo de la francesa de 1946, vigente parámetro de constitucionalidad, e Italiana de 1947) y en numerosos textos internacionales (Pacto sobre Derechos Económicos, sociales y culturales de 1966, Carta Social Europea de 1961 —reformada en 1990—, Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, entre otros), y señalar que muchas de las críticas vertidas sobre los derechos sociales son igualmente aplicables a determinados derechos de libertad, y que existen en la práctica diversas posibilidades de controlar la actuación de los poderes públicos a la luz de los derechos sociales. La vigencia de los derechos sociales se ha impuesto incluso en Alemania, pese al silencio de la Constitución en este punto, Tales derechos se han deducido de la idea de Estado social de Derecho, dando lugar a unos derechos de participación derivados (que permiten invocar, al amparo del principio de igualdad formal, la extensión —que no la creación— de determinadas prestaciones públicas a los sectores más desfavorecidos). Konrad Hesse entiende que es más problemático reconocer la virtualidad de los denominados derechos originarios de participación, que son aquéllos que todavía no han sido reconocidos por el legislador, y que no son hasta entonces justiciables. En nuestro país, la Constitución y el Tribunal Constitucional se han ocupado del derecho a la educación (artículo 27 CE y STC 86/1985, entre otras) —al que se ha dotado de las máximas garantías—, al trabajo (artículo 35 y STC 22/1981) y de una serie de principios rectores de la vida social y económica (que protegen, entre otras cosas, la salud, la cultura, el medio ambiente o una vivienda digna —artículos 43-45 y 47 CE—, vid. las SSTC referidas al medio ambiente —64/1982—, seguridad social —103/1983 y 37/1994—, y las 37 y 127/1987, en las que se invocan los artículos 45 y 40, y 39.1, 41 y 50 CE, respectivamente—), que deberían dar lugar en opinión de la autora, a la posibilidad de que la jurisdicción constitucional pudiera constatar la inconstitucionalidad generada

por la omisión del legislador (como se prevé en las Constituciones portuguesa de 1976 y brasileña de 1988). El Tribunal Constitucional ha insistido asimismo en las facultades prestacionales que adornan algunos derechos civiles (SSTC 53/1985, sobre el derecho a la vida; 12/1982, 77/1982, 6/1981 y 86/1982, acerca de las libertades de expresión y comunicación; 42/1982, en relación con la asistencia letrada; 16/1994, sobre el beneficio de justicia gratuita; 91/1983 y 40/1985, acerca de algunas manifestaciones de la libertad sindical). Finalmente, también puede reseñarse alguna jurisprudencia relacionada con lo que la doctrina alemana califica como derechos de participación derivados, como es la relacionada con los servicios católicos (STC 24/1982), la extensión de prestaciones estatales —que se vio acompañada de votos discrepantes— (SSTC 103/1983 y 116/1987) y el derecho a una vivienda digna (STC 222/1992).

El Estado social de Derecho se proyecta también, como ya se ha indicado, en la eficacia de los derechos fundamentales. La idea de que estos derechos pueden verse afectados por los particulares ha llevado a un importante sector doctrinal a defender la eficacia horizontal de los derechos, esto es, su vigencia en las relaciones jurídico-privadas. Juan María Bilbao Ubillos ha afirmado, con argumentos de indudable peso, que una buena parte de los derechos fundamentales poseen tal eficacia horizontal, aunque ésta no pueda ser siempre ni uniforme ni indiscriminada. Aunque el Tribunal Constitucional ha eludido casi siempre esta cuestión (entre otras razones, porque el recurso de amparo solamente puede activarse, como en Alemania, frente a actos de los poderes públicos, aunque en la práctica se haya evitado este escollo a través del ficticio expediente del incumplimiento judicial en la tutela de los derechos), muchas de sus Sentencias admiten la *drittwirkung* de determinados derechos (SSTC 38/1981 y 78/1982, 55/1983, 47/1985, 88/1985, 177/1988) siendo especialmente significativas las SSTC 18/1984, (doctrinalmente asimilada a la importante Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán dictada en 1958 en el caso *Lüth-Urteil*), y la 171/1989, que sistematiza toda la jurisprudencia anterior, así como las resoluciones en las que se admite la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito laboral (SSTC 292/1993, 99/1994, 6/1995 y 90/1997) y en un partido político (STC 56/1995). Los derechos fundamentales sirven así para alterar las relaciones sociales (STC 114/1995), aunque hay que recordar que, como ha puesto de manifiesto Pablo Lucas Murillo de la Cueva, los derechos fundamentales también preservan la posición de esos poderes privados.

La segunda dimensión del Estado social es la referida a la vinculación social del Estado, que comprende la obligación del Estado de atender las necesidades de sus ciudadanos, y responsabilizarse del funcionamiento global de la economía, con el doble objetivo de corregir las excesivas disfuncionalidades

del sistema y reducir las diferencias de hecho entre las distintas clases sociales. Si bien este empeño fue muy fuerte en las Constituciones de Querétaro y, especialmente, Weimar (excepción hecha de la soviética), se va a atemperar en los Textos constitucionales posteriores a 1945, que van a combinar los principios de un sistema económico basado en el libre mercado —propiedad, herencia, libertad de empresa—, aunque sometido a mayores limitaciones, con el reconocimiento de los derechos sociales y el establecimiento de algunos instrumentos que permiten al Estado intervenir en la economía (que reciben la calificación de *Constitución económica* —STC 1/1982—). Desde esta perspectiva adquieren un evidente interés las previsiones del Título VI CE referidas a *a*) la iniciativa pública en la actividad económica (que es compatible con la iniciativa privada en cualquier tipo de servicios), *b*) las reservas al sector público de recursos y servicios esenciales (con independencia de que hasta el momento tengan una titularidad pública o privada, siempre por razones de interés público, y a través de una Ley), *c*) la intervención de empresas (como actuación menos radical, después de la empresa pública y la nacionalización), *d*) la planificación económica (que es general —STC 29/1986— y que no se ha traducido en la emisión de plan alguno en nuestro país, mientras que en Alemania se ha transformado en un principio de colaboración entre las administraciones federal y estatal en la toma de decisiones económicas) y *e*) la participación de distintas entidades sociales en la elaboración del plan económico (lo que conecta la figura del Consejo Económico y Social con el Estado social y democrático de Derecho, y aconseja la eventual ampliación de sus funciones).

La tercera y última componente del Estado social, muy relacionada con el Estado democrático, es la de articular la sociedad sobre bases democráticas. Por esta razón es adecuado recordar que algunos autores han defendido la necesidad de realizar una interpretación integradora de la fórmula Estado social y democrático de Derecho (Abendroth y, entre nosotros, Angel Garrorena). Manuel García Pelayo ha señalado que la democracia social tiene dos formas: la democracia económica y la democracia empresarial. Mientras que la primera comprende la participación en las decisiones del Estado que afectan a la globalidad o a amplios sectores de la economía nacional (ya sea a través del Parlamento o de otros medios —como es, por ejemplo, el Consejo Económico y Social—), la segunda tiene lugar en el seno de las empresas, e implica compartir la autoridad derivada de la propiedad de los medios de producción con la autoridad derivada del trabajo. Estos y otros autores tratan, en definitiva, de dar un mayor protagonismo a la sociedad civil en su conjunto, en detrimento del propio aparato estatal (Antonio Porrás Nadales). Estos fines pueden verse reflejados en varios preceptos constitucionales que favorecen la participación (artículos 9.2, de todos en la vida política, económica, cultural y social; 129, en la

seguridad social y en la empresa; 20.3, en los medios de comunicación; 27.5 y 7, de padres y alumnos en la programación general de la enseñanza y en la gestión de los centros educativos públicos; 48, de la juventud en todas las facetas de la vida social; 51.2, de organizaciones de consumidores y usuarios en las cuestiones que les afecten) o que aseguran que ciertas organizaciones tengan una estructura y un funcionamiento democráticos (artículos 6, 7, 36 y 52 sobre partidos políticos, sindicatos, Colegios profesionales y organizaciones profesionales, respectivamente). La exigencia de participación en el terreno económico se recoge en el artículo 131 CE, en el que se alude a las administraciones autonómicas y al Consejo Económico y Social (creado por Ley 21/1991). El propio Tribunal Constitucional ha aludido a la democracia participativa como algo diferente y complementario de la democracia política y ha afirmado también que deriva del Estado social (STC 119/1995).

Puede constarse, a la vista de las consideraciones realizadas hasta el momento, que el Estado social de Derecho es algo mucho menos etéreo de lo que en ocasiones puede pensarse, y viene preñado de consecuencias efectivas que empapan todo el orbe jurídico. Ese material genético de nuestro tipo de Estado no puede acaso impedir que la actuación de un legislador democrático sea más o menos generosa, pero constituye un límite incuestionable en cuanto que la igualdad sustancial se proyecta como auténtico telos de nuestro ordenamiento constitucional.

En ocasiones la mejor manera de preservar una institución jurídica, como es el Estado social de Derecho, es reflexionar acerca de su sentido y alcance. Pero para que ello sea provechoso es necesario, por supuesto, que tal estudio sea afrontado con valentía, por la enjundia del tema propuesto, y rigor, para abordar adecuadamente cuestiones muy diferentes entre sí. Encarnación Carmona Cuenca ha afrontado de forma sobresaliente el reto propuesto, y aunque su obra no puede impedir la existencia de una nueva clase social, la de los excluidos, acaso sirva para demostrar, con argumentos sobradamente sólidos, que las incesantes medidas liberalizadoras que se derivan de la globalización deben revelarse compatibles con nuestro modelo estatal, ya sea limitando su alcance o estableciendo nuevos e ingeniosos mecanismos que faciliten la participación y la protección de todos en la vida política, económica, social y cultural, tal y como patrocina (e impone) el artículo 9.2 CE.