

¿CUÁL ES EL FUTURO DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN LA EUROPA CONTEMPORÁNEA?

Franck MODERNE

SUMARIO: I. *La consagración progresiva del constitucionalismo social.* II. *El Estado social de derecho como transcripción conceptual del constitucionalismo social.* III. *La problemática contemporánea del Estado social de derecho.*

Es un tema de gran transcendencia el del Estado social de derecho en la Europa contemporánea, una de las cuestiones que alimentan el debate sobre el funcionamiento actual de la democracia y su porvenir.

En pocas palabras, la controversia gira en torno al enfrentamiento potencial entre la concepción clásica liberal de la democracia y una concepción social de la misma, o si se prefiere, a la confrontación entre el llamado “Estado liberal” y el llamado “Estado social”.¹

Sin duda, una de las principales innovaciones del constitucionalismo del siglo XX viene representada por la ideología y la consagración constitucional de los derechos sociales en un grán número de cartas fundamentales.

No resulta útil describir en todos sus detalles la historia singular del “constitucionalismo social” que ha conducido al concepto de “Estado

¹ Véase Aragón Reyes, M., “Estado y democracia”, *El derecho público de finales de siglo, una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 31 y ss., en particular, p. 39; del mismo autor: “Los problemas del Estado social”, *Sistema 1994*, núms. 118 y 119, pp. 23 y ss.; “La democracia social y económica. Los consejos económicos y sociales como ejemplo”, *Economía y derecho ante el siglo XXI* (coord. A. M. García-Tuñón), Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 15 y ss.; *Libertades económicas y Estado social*, Madrid, 1995, pp. 2 y ss.; “Los grandes servicios públicos”, *El Estado de las autonomías. Los sectores productivos y la organización territorial del Estado* J. Martínez-Simancas y A. Jiménez-Blanco (coords.), Madrid, Ceura, 1997, pp. 1879 y ss.

social de derecho”. Pero sí cabe subrayar el “plus del constitucionalismo social”² en la ingeniería constitucional de las democracias europeas y americanas.

Son bien conocidas las grandes etapas de la evolución del constitucionalismo moderno.

Con la propagación universal del constitucionalismo como tal, que ha construido el Estado sobre dos pivotes de sustento (la racionalización del poder cuidadosamente dividido en órganos dotados de funciones diferentes y, por otra parte, la tutela de los derechos fundamentales de carácter individual: libertad personal, propiedad privada, libertad de pensamiento y otros derechos atinentes a la persona humana), ambas preocupaciones marcaron los grandes textos constitucionales decimonónicos.

Se trataba por lo esencial de limitar el poder político en beneficio de las grandes libertades individuales. Los conceptos de “Estado de derecho” y de “derechos sociales” no habían sido elaborados todavía como componentes significativos del constitucionalismo europeo.

La irrupción de los derechos sociales ha sido uno de los rasgos determinantes de la evolución hacia el constitucionalismo como expresión y garantía de la democracia auténtica. La consagración del llamado “constitucionalismo social” es así un hecho histórico de los siglos XIX y XX.

La conceptualización del fenómeno, en el pensamiento jurídico y político contemporáneo ha ido plasmándose progresivamente en el llamado “Estado social de derecho”, cuyos fundamentos filosóficos son relativamente diversos.

Las dificultades teóricas y técnicas persistentes en la época contemporánea justifican una reformulación del problema en el marco de la Unión Europea. ¿Tiene futuro o no el constitucionalismo social tal como ha ido configurándose en Europa en los últimos decenios?

Tales serán las grandes divisiones de esta charla:

- a) La consagración progresiva del constitucionalismo social.
- b) El Estado social de derecho como transcripción conceptual del constitucionalismo social.
- c) La problemática contemporánea del Estado social de derecho.

² Bidart Campos, G. J. y Carnota, W. F., *Derecho constitucional comparado*, Buenos-Aires, EDIAR, 1998, t. I, pp. 148 y ss.

I. LA CONSAGRACIÓN PROGRESIVA DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

El llamado “constitucionalismo social” se ha incorporando a lo largo de los siglos XIX y XX en las Constituciones liberales escritas europeas, hasta el punto que el derecho comparado contemporáneo parece considerar integrado en el derecho constitucional la idea misma de derecho social.

A la prohibición clásica de las limitaciones abusivas y, *a fortiori*, de la opresión de los derechos humanos por el Estado se viene a añadir como prioritario el otorgamiento por el mismo Estado de prestaciones diversas que favorezcan el desenvolvimiento por cada uno de su personalidad y hagan posible la justicia social.

La promoción histórica del constitucionalismo social no significa que las Constituciones materiales hayan alcanzado a efectivizar lo proclamado en sus declaraciones formales. A pesar de que, en la mayoría de los casos, son normas meramente programáticas, que el legislador no puede o no quiere implementar por razones políticas o económicas, las nuevas cartas fundamentales constituyen una ilustración paradigmática de las nuevas preocupaciones y exigencias de nuestras sociedades.

1. *La promoción de los derechos sociales en el marco del Estado liberal*

Son los estados plegados al constitucionalismo clásico los que dieron un paso más a partir de la Primera Guerra Mundial y perfeccionaron sus organizaciones constitucionales con la añadidura de los derechos económicos y sociales.

A) No resulta inútil recordar que fue el constitucionalismo iberoamericano, a través del mexicano, el primero en incorporar normas de contenido laboral y social.³

Los derechos sociales serán, a partir de la Constitución mexicana de Querétaro de 1917, uno de los fundamentos del moderno Estado social de derecho. Uno de los diputados constituyentes en el Congreso de Querétaro pronunció estas palabras bien conocidas:

³ Colomer Viadel, A., *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, Cultura Hispánica, 1990, p. 104.

Así como Francia, después de su Revolución, ha tenido el alto honor de consagrar, en la primera de sus cartas magnas, los inmortales derechos del hombre, así la Revolución mexicana tendrá el orgullo legítimo de mostrar al mundo que es la primera en consignar en una Constitución los sagrados derechos de los obreros.⁴

La idea era entonces de proteger a los miembros de los grupos sociales más débiles y de extender progresivamente esa protección al conjunto de los ciudadanos. Los llamados “derechos sociales” implican por eso una acción positiva del Estado para asegurar un mínimo educativo, económico y de protección social, y no únicamente la preservación de los derechos civiles o políticos fundamentales, formalmente garantizados en los primeros textos constitucionales.

De una cierta manera, el Estado social de derecho representaba un mandato al Estado para la consecución y preservación de la justicia social, con el objetivo de suministrar a la persona humana condiciones dignas de convivencia.

En la reunión constituyente de Querétaro (México) se incorporó así a la Constitución de 1917, aún vigente, la base general de una auténtica legislación laboral. El artículo 123 de la nueva carta magna establecía un régimen detallado de garantías laborales, desde la estabilidad en el empleo hasta las medidas fundamentales de seguridad social.⁵ El artículo 27 del mismo texto dictaba disposiciones sociales agrarias (se afrontaba así el histórico problema de la tierra, de su propiedad y de su distribución). “Se establecieron dotaciones de tierras y aguas a los pueblos y comunidades que carecieran de ellos; se reglamentó el fraccionamiento de las grandes propiedades y se autorizó la expropiación por causa de utilidad pública”.⁶ Igualmente, la organización de “ejidos” y otras formas de explotación comunitaria de la tierra recibió un impulso decisivo.

4 *Diario de Sesiones del Congreso Constituyente*, 1916-1917, México, t. I, p. 1028.

5 Horn, H. R., “Reflexiones sobre el constitucionalismo social”, *Evolución de la organización político-constitucional*, México, UNAM, 1978, t. I, pp. 195 y ss.; Alba, V., *Las ideas sociales contemporáneas en México*, México, UNAM, 1960, etcétera. Se puede observar que la revolución constitucional mexicana jugó un papel clave al cuestionar por la primera vez en un texto constitucional el carácter ilimitado que tenía la propiedad privada en el Estado liberal y al consagrar oficialmente la función social de ésta como uno de los principios básicos del Estado (Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980).

6 Colomer Viadel, A., *op. cit.*, p. 105; Sánchez Alvarado, A., *Instituciones de de-*

B) En Europa, la idea de realizaciones sociales del Estado se había ido desarrollando en un nivel esencialmente teórico, por lo menos en la primera parte del siglo XIX. Son los estados industrializados de la época los que van a tomar conciencia de las insuficiencias de la protección formal de las grandes libertades y de la necesidad de una intervención efectiva del Estado en la vida económica y social.

Habían comenzado los estados europeos a preocuparse por las extremas desigualdades sociales generadas por el capitalismo liberal y por la eventualidad de una revolución violenta de la clase trabajadora. Tras una primera reacción que se concretizó en una reducción de la libertad contractual con el fin de proteger a la parte más débil del contrato laboral,⁷ las llamadas “revoluciones sociales” de 1848 pretendieron transformar la vida social, al reivindicar claramente la igualdad y la justicia social. El Estado fue invitado a reconocer, garantizar y proteger el derecho al trabajo, a organizar el crédito de manera que sea accesible a los trabajadores, a consagrar la instrucción gratuita, etcétera. Todo ello representó una crítica del liberalismo más radical, crítica alimentada por la difusión rápida de las ideologías socialistas, reformistas o revolucionarias, por el reconocimiento gradual de nuevos derechos colectivos (libertad de reunión, de manifestación, de asociación, sindical, de creación de partidos políticos, etcétera). Además, determinadas circunstancias históricas favorecieron la aparición de una importante legislación social (esencialmente en Inglaterra, en Francia y en Alemania): leyes de protección del trabajador, leyes de seguros sociales, leyes sobre accidentes laborales, sobre jubilación obligatoria, sobre las jornadas laborales máximas, sobre la interdicción del trabajo nocturno, sobre el descanso dominical obligatorio, sobre la protección social de la familia,⁸ etcétera.

Eso dicho, es la Constitución alemana de Weimar en 1919 (dos años después de la Constitución mexicana de Querétaro) la que institucionalizó por primera vez en Europa el concepto (pero no la palabra) de Estado social de derecho. La influencia de esta Constitución (y también de las

recho mexicano del trabajo, México, UNAM, 1967.

⁷ Por ejemplo, la *Health and Moral Act to Regulate the Labor of Bound Children in Cotton Factories* (Inglaterra, 1802) o las *Mines Acts* de 1819, 1833, 1842, etcétera.

⁸ En España, el proceso de reformas legislativas de carácter social se inició tardíamente, a partir de una Ley de 1873 relativa al trabajo de las mujeres y niños.

que se dictaron en la Unión Soviética por razones ideológicas específicas⁹ inclinó a los constituyentes de otros países de la primera posguerra a reconocer en el articulado constitucional, junto a los derechos y libertades clásicos, una serie de derechos nuevos de contenido social.¹⁰

Al constitucionalismo social incipiente arriman su aporte ideológico tanto el socialismo moderado como la doctrina social católica. Bajo sus diversas apelaciones (constitucionalismo social, *Welfare State*, Estado de bienestar, etcétera) esta forma de constitucionalismo tendrá de inmediato un eco cuasi-universal.

En Europa, la Constitución española de 1931 continuará este camino, seguida, entre otras, por diversas Constituciones europeas o hispanoamericanas de entreguerras (así se incluyeron normas constitucionales de derecho laboral en Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Paraguay).¹¹

Después de la Segunda Guerra Mundial, el constitucionalismo europeo e iberoamericano ahondará y profundizará esta veta.¹²

La Constitución alemana (Ley Fundamental de Bonn) de 1949 consagró formalmente, por la primera vez, la expresión “Estado social de derecho”:¹³ según el artículo 20-1 de la carta constitucional, “La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social”.¹⁴

9 Véase, en este sentido, M. B. García-Alvárez, “Rusia: del Estado socialista al Estado social”, *Sistema*, núms. 118 y 119, 1994, pp. 125 y ss.

10 Sobre la Constitución de Weimar, puede verse, en lengua castellana, H. Heller, *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985; Buhler, O., *La Constitución alemana del 11 de agosto de 1919. Texto completo y comentarios, historia y juicio crítico*, Barcelona, Labor, 1931.

11 Pueden mencionarse también las Constituciones de Polonia (1921), de Serbia (1921), de Rumanía (1921) o de Grecia (1927), etcétera.

12 Véase el estudio comparativo de C. Grewe, “Les droits constitutionnels sociaux: propos comparatifs à l’aube de al Charte des Droits fondamentaux de l’Union européenne”, *Revue universelle*, J. Iliopoulos-Strangas (coord.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne. Etude de droit comparé*, Sakkoulas (Ahtènes), Ed. A. N. Bruylant (Bruxelles) et Nomos Verlagsgesellschaft (Baden-Baden), 2000.

13 Benda, E., “El Estado social de derecho”, in Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de derecho constitucional* (traducción española), Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 521 y ss.

14 E. Fortshoff, *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt, 1968; K. Stern, *Grundfragen der globalen Wirtschaftssteuerung*, Berlin, 1969; en lengua castellana, véase W. Abendroth, “Sobre el concepto de Estado de derecho democrático y social tal como

En la Constitución francesa de la Cuarta República de 1946 (y esencialmente en su preámbulo que tiene valor constitucional como elemento de lo que llamamos en Francia, el “bloque de constitucionalidad”), son numerosos los derechos de carácter social oficialmente reconocidos (derecho a la educación, a la salud, al trabajo, a la protección social, etcétera). Preocupaciones similares se encuentran en la Constitución italiana de 1947: el artículo 1o. establece que “Italia es una República democrática fundada en el trabajo”; la “solidaridad social” está considerada como un deber imprescriptible. En los artículos 2o. y 3o. enuncia que: “Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social”, de modo que “corresponde a la República descartar los obstáculos de carácter económico y social que obstaculizan el libre desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de los trabajadores a la organización política, económica y social” del país, y fortalecer las relaciones “ético-sociales” (protección de la familia considerada como “sociedad natural basada en el matrimonio”, protección de las mujeres, de los niños y de los jóvenes, protección de la salud, derecho a la educación, etcétera).

Más recientemente, la Constitución francesa de la Quinta República (1958) establece en su artículo 2o.: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social”. Igualmente, y de manera más explícita, la Constitución portuguesa de 1976¹⁵ afirma (artículo 2o.) que “la República portuguesa, como Estado de derecho democrático, tiene por objetivo realizar la democracia eco-

se formula en la Constitución de la República Federal de Alemania”, *Sociedad antagónica y democracia política*, Barcelona, Grijalbo, 1972; L. Villacorta, “Dialéctica Estado social-derechos sociales: la Ley Fundamental de Bonn como parametro”, *Problemas actuales del Estado social y democrático de derecho*, Universidad de Alicante, 1985.

¹⁵ Bidart Campos, G. J., “La democracia social en la Constitución portuguesa (1976-1996)”, *El derecho constitucional humanitario*, Buenos Aires, 1996, pp. 195 y ss.; Colomer Viadel, A. y López González, J. L., “Programa ideológico y eficacia jurídica de los derechos sociales. El caso de Portugal en el derecho comparado”, *Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos de Constituição de 1976*, Lisbonne, Coimbra Editora, 1998, vol. III, pp. 307 y ss. En particular, el artículo 50 de la vigente Constitución del 2 de abril de 1976 establece: “La apropiación colectiva de los principales medios de producción, la planificación del desarrollo económico y la democratización de las instituciones constituyen garantías y condiciones para la efectividad de los derechos”. Por otra parte, se proclama el principio de que el fundamento de la organización económica social “se basa en el desarrollo de las relaciones de producción socialista mediante la apropiación colectiva de los medios de producción y de los suelos, así como de los recursos naturales y el ejercicio del poder democrático de las clases trabajadoras” (artículo 80).

nómica, social y cultural y profundizar la democracia participativa” y el artículo 1o. de la Constitución española de 1978 preceptua: “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

C) En el continente latinoamericano, puede mencionarse en primer lugar la Constitución colombiana del 7 de julio de 1991 (artículo 1o.: “Colombia es un Estado social de derecho..., fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”).¹⁶ También la Constitución política del Perú, sometida a consulta en referéndum el 31 de octubre de 1993, dispone en su artículo 43: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana”. Ciertas disposiciones de la Constitución argentina, tras la reforma de 1994, tienen igualmente un marcado carácter social.¹⁷

La misma tendencia puede observarse fácilmente en otras latitudes (Constitución de Filipinas de 1986, de Mozambique de 1990, de Macedonia de 1991, de Eslovenia de 1991, de Rusia de 1993, de Sudáfrica de 1993 y 1996, etcétera).

¿Cual es el significado de esta evolución general hacia el constitucionalismo social?

2. El significado del principio social en las Constituciones europeas

El constitucionalismo social supone una reinterpretación de los presupuestos básicos del Estado de derecho liberal sin renunciar a sus postulados esenciales.¹⁸

¹⁶ Véase Tobo Rodríguez, J., “Estado social de derecho e impartición de justicia en Colombia”, V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM, 1998, pp. 899 y ss.

¹⁷ Artículo 14 bis: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagadas; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleo público; organización sindical libre y democrática...”, etcétera.

¹⁸ Ridder, Helmut, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Westdeutscher, Opladen, 1975; E. Stein, *Derecho político* (trad. española), Madrid, Aguilar, 1973; García Cota-

Sus resultados pueden observarse a partir del análisis de algunas situaciones concretas en la Europa contemporánea:

A) En primer lugar, se constata una importante modificación en el sistema de derechos fundamentales propio del Estado liberal con la inclusión en las Constituciones de una serie de nuevos derechos, los llamados “derechos sociales” o “derechos económicos y sociales”.

Podría encontrarse un antecedente lejano de estos derechos en la Constitución francesa de 1793 (que nunca se aplicó), ya que su artículo 21 disponía: “La sociedad está obligada a preocuparse de mantener a sus miembros, bien mediante la creación de trabajo, bien mediante el aseguramiento de medios de subsistencia a quienes no están en condiciones de trabajar”; y concretamente, el artículo siguiente hacía referencia al derecho a la asistencia social y a la instrucción.

La generalización de los derechos sociales en el seno del constitucionalismo occidental no se produjo hasta el siglo XX; por eso fueron denominados derechos de “segunda generación”¹⁹ o “derechos de crédito”.

Así se reconocieron de forma indiferenciada el derecho al trabajo, a la educación, a la salud, a la seguridad social, etcétera, junto con el derecho de huelga y la libertad sindical.

Se han producido diferentes intentos de la doctrina constitucionalista para encontrar un rasgo definitorio, común a todos esos derechos.

El hecho de que su constitucionalización se produjo como consecuencia de un mismo proceso (reivindicaciones de las clases desfavorecidas) justifica el calificativo de derechos sociales.

De los “derechos sociales” se separan normalmente los “derechos de libertad”, que corresponden a la primera generación de las libertades constitucionales. Sin embargo, algunos derechos, que se entienden tradicionalmente incluidos entre los derechos sociales, podrían también formar parte de la categoría de los derechos de libertad: tal es el caso de la

relo, J., “Estado social”, *Diccionario del sistema político español*, Madrid, Akal, 1984; Parejo, L., *Estado social y administración pública*, Madrid, Civitas, 1983, etcétera.

¹⁹ Pérez Luño, A., “Las generaciones de derechos humanos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1991, núm. 10; Freixes Sanjuan, T., *Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986; Cascajo Castro, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, etcétera.

libertad sindical o del derecho de huelga.²⁰

Lo que tienen en común los auténticos derechos sociales (a la educación, a la salud, a la protección social, al trabajo, a la vivienda, etcétera) no es tanto sus contenidos (se refieren todos estos derechos a la vida social) sino más bien la posición jurídica atribuida a sus titulares.

Los derechos sociales permiten exigir una actuación positiva del Estado en orden a su consecución —y no únicamente una abstención por parte del poder público (lo que era suficiente para proteger los derechos de la primera generación)—. Por ello parece adecuado denominarlos “derechos de prestación”.²¹

Así, según M. Mazziotti,²² los derechos sociales se entienden como los derechos de cualquier ciudadano a una directa o indirecta prestación positiva por parte de los poderes públicos en función de la participación en los beneficios de la vida en sociedad o de la aplicación del principio de igualdad.

¿Sería otro carácter común de los derechos sociales, que les conferiría una cierta especificidad respecto a los derechos “de libertad” el de su debil eficacia jurídica? Es de sobra conocido, en efecto, que estos derechos, a pesar de ser proclamados constitucionalmente, no son efectivos para un gran parte de los ciudadanos. Los derechos de prestación, que implican una obligación positiva por parte del Estado de bienestar (o Estado Providencia) plantean así exigencias prácticas determinadas que no pueden ser atendidas sino disponiendo de medios económicos suficientes.

Por otra parte, las necesidades sociales son cambiantes y dependen en particular de las circunstancias históricas, de la evolución económica, etcétera. De modo que no serían susceptibles los derechos correspondientes de una definición precisa ni mucho menos de una protección judicial eficaz.²³

²⁰ Carmona Cuenca, E., *op. cit.*, p. 150.

²¹ Cossio Díaz, J. R., *Estado social y derecho de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 43; Gomes Canotilho, J. J., “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988.

²² Véase “Diritti sociali”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, vol. XII, 1958-1997, p. 804.

²³ Cascajo Castro, J. J., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, CEC, 1988, p. 48. Se plantea, por ejemplo, la cuestión del control de constitucionalidad

En la medida en que las normas constitucionales son raramente concretas, carecerían de la aptitud para la efectividad bajo control judicial; serían normas programáticas o principios programáticos con una eficacia reducida, meramente directiva, según un sector doctrinal.²⁴ Sin embargo, existe otra interpretación que afirma el carácter plenamente jurídico de los derechos sociales de prestación y la posibilidad de un control jurisdiccional efectivo.²⁵

B) En segundo lugar, la referencia social de los derechos fundamentales clásicos desvela una cierta transformación de las nociones de justicia y de derecho, en la medida en que el constitucionalismo social va a traer consigo el imperio de la justicia redistributiva.

La igualdad que debe perseguir el Estado social no es —y no puede ser— una igualdad puramente formal. Hay que tener en cuenta las relaciones concretas de poder y la situación real de los afectados de modo que el principio constitucional de igualdad sea entendido como igualdad material.

Esta primera consecuencia conduce a condenar toda perversión de los derechos de libertad por olvidar las relaciones concretas de poder. Ello supone reforzar la protección jurídico-constitucional de los débiles, de las minorías —y consecuentemente minorar la protección excesiva de los fuertes—. Eso no significa que cualquier poder sobre otra persona sea siempre antijurídico, pero sí excluye que tal poder goce de una protección constitucional a expansas de los derechos fundamentales de los demás.

por omisión (véase Fernández Segado, F., “La inconstitucionalidad por omisión, cauce de tutela de los derechos de naturaleza socio-económica?”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, vol. IV, 1996, pp. 4293 y ss.; véase también: Fernández Rodríguez, J. J., *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998; Díaz Revorio, F. J., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas en el derecho comparado europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, 2001, pp. 81 y ss.; Ribes, D., “Estiste-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative”, *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, 1999, núm. 3, pp. 237 y ss.; Brage Camazano, J., “La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000, pp. 375 y ss.

²⁴ Schmitt, C. (*Verfassungslehre*, Duncker y Humblot, Munich-Leipzig, 1928) sostenía que los derechos sociales programados por la Constitución de Weimar no eran accionables y que tenían como destinadorio exclusivo al legislador (véase también V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, Giuffrè, 1952).

²⁵ Carmona Cuenca, E., “Las normas constitucionales de contenido social: definición y problemática de su eficacia jurídica”, *Revista de Estudios Políticos*, 1992, núm. 76.

De tal forma que el Estado sería habilitado para intervenir compensatoriamente siempre que lo estime útil y conveniente para realizar la justicia social.²⁶

Tiene lugar, en el marco del Estado social, un eventual recorte de las libertades individuales en beneficio de los derechos de contenido social. Al Estado se le van a exigir más y mejores servicios públicos en materia de protección social, de salud, de instrucción, de formación profesional, de vivienda decente, etcétera.²⁷

Es posible que se produzca en ciertas circunstancias una decadencia relativa del órgano parlamentario que cede parte de su protagonismo en favor de la administración pública como instancia eficaz de la actividad estatal de carácter social.

C) En tercer lugar, el constitucionalismo social implica una vinculación social del Estado²⁸ que comprende la obligación del Estado de atender a las necesidades de sus ciudadanos.

Ello supone la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la economía en su conjunto, de la cual depende el financiamiento de las necesidades sociales frente a la tradicional separación del Estado y de la sociedad civil. En la ideología del Estado liberal, el constitucionalismo social se proclama intervencionista. No puede confiarse en la justicia inherente a las relaciones interindividuales; el nuevo Estado social debe adoptar un papel activo en la regulación de la economía.

Una cuarta dimensión del Estado social, formulada por H. Ridder, sería la obligación impuesta al Estado de articular la sociedad sobre bases democráticas. Por eso se ha sostenido que el Estado social sería una etapa hacia la configuración del conjunto Estado-sociedad como una estructura democrática homogeneizada (*Homogenisierung von Staat und Gesellschaft*).

Sin embargo, este análisis no parece mayoritario.

²⁶ Carmona Cuenca, E., *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000, pp. 148 y ss.

²⁷ A este respecto, puede verse García Macho, R., *Las aporías de los derechos fundamentales y el derecho a una vivienda*, Instituto de la administración local, Madrid, 1982, pp. 68 y ss.; Beltrán Aguirre, J. L., “Los servicios sociales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 57, 2000, pp. 113 y ss.; Vaquer Caballería, M., “Los servicios atinentes a la persona en el Estado social”, *Cuadernos de Derecho Público*, 2000, núm. 11, pp. 31 y ss.

²⁸ *Sozialpflichtigkeit der Staates*, según la terminología de H. Ridder, *op. cit.*

Desde el punto de vista jurídico, el constitucionalismo social ha dado lugar a una teoría de singular transcendencia, la del Estado social de derecho.

II. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COMO TRANSCRIPCIÓN CONCEPTUAL DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

El aporte conceptual de la noción de Estado social de derecho resulta considerable, ya que la expresión Estado social de derecho está ganando terreno en el vocabulario constitucional, en Europa y en otros continentes.

La elaboración doctrinal del concepto de Estado social de derecho ha sido favorecida por los fundamentos filosóficos en que los autores se han basado.

La asociación, en una misma expresión, de dos temas (el “Estado de derecho” y su dimensión “social” contemporánea) ha generado un concepto federador, el de “Estado social de derecho” que aparece en varios textos doctrinales y constitucionales (incluso en la Constitución colombiana de 1991). No resulta inútil describir las grandes etapas intelectuales de esta conceptualización.

1. *Del concepto de Estado de derecho*

La elaboración doctrinal del concepto de Estado de derecho se produjo en Alemania durante el siglo XIX.²⁹ La fórmula *Rechtsstaat* fue acuñada por A. Muller en 1809 y utilizada por Carl Welcker, L. von Stein, R. Gneist y sobre todo R. von Mohl que la incluyó en el título mismo de una de sus obras (*Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, 1832-1833). En seguida fue aceptada por la doctrina italiana, española, portuguesa y más tarde, francesa, etcétera. Hoy en día, el término *Rechtsstaat* puede ser considerado como admitido por la doctrina juspublicista en toda la gran familia romano-germánica.

²⁹ Sobre la evolución del concepto, véase E. Carmona Cuenca, *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid, CES, 2000; Lucas Verdú, P., *La lucha por el Estado de derecho*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975; Reinaldo, J., *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos-Aires, 1987; en lengua francesa, *Figures de l'Etat de droit*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001; L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, París, Dalloz, 2002.

En Gran Bretaña y en los demás países de *common law*, el término más próximo podría ser el de *rule of law*, pero este término tiene otro significado,³⁰ bastante distinto.

Cierto es que el origen del Estado de derecho está vinculado al espíritu de la Revolución francesa de 1789, al liberalismo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y al ascenso social de la clase burguesa. El objetivo mayor de la ideología revolucionaria francesa y del concepto alemán de Estado de derecho corresponde al deseo común de reducir de una manera u otra el poder del Estado. De esta forma, todos los grandes dogmas del constitucionalismo liberal europeo (separación de los poderes, imperio de la ley como expresión de la voluntad general del pueblo soberano, soberanía del Parlamento de tipo inglés, reconocimiento formal de los derechos fundamentales, civiles y políticos, de los ciudadanos, etcétera) se han convertido progresivamente en la base ideológica del constitucionalismo del siglo XX.

La diferencia entre el pensamiento alemán y el pensamiento francés en este campo viene principalmente de las diferencias socio-políticas en la situación respectiva de cada país.

En Francia, la clase burguesa, formada en las zonas urbanas por los nuevos propietarios, industriales y comerciantes, se había enfrentado duramente con la aristocracia dominante hasta la fecha, y necesitaba eliminar el sistema absolutista para afirmar y proteger las libertades económicas con el objetivo de fortalecer su dominio económico.

En Alemania, la clase burguesa (socioeconómicamente más débil) debía contar con una fuerte implantación del principio monárquico. La importancia del pensamiento jurídico-público se debe precisamente a los esfuerzos doctrinales para conformar una mediación entre el principio monárquico (que no era realmente amenazado) y la incipiente soberanía popular. Además, se había formulado, en las diferentes entidades alemanas, el principio de la unidad del poder del Estado, y por tanto se había rechazado la gran teoría de la separación de poderes que tanta importancia tenía en Francia para la constitucionalización auténtica del poder político.³¹

³⁰ Es de sobra conocido que la fórmula “*rule of law*” es un postulado histórico que surge como producto de una evolución específica en un Estado determinado, Gran Bretaña (véase, en este sentido, Heuschling, L., *op. cit.*).

³¹ Según el artículo 16 de la Declaración francesa de 1789, un país que no reconoce

Para obtener una adecuada conceptualización del Estado, cuando no es posible organizar la separación de los poderes (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial), la doctrina alemana ha intentado utilizar los conceptos de ley y de reglamento a través de la determinación de sus contenidos y funciones propias. La “constitucionalización del Estado” (Gneist) pasa por la “juridicización” de los poderes del Estado. Eso será la primera fase de la construcción doctrinal del Estado de derecho. La idea era de proteger el gobierno como pieza clave del Estado frente a las fuerzas de la sociedad que avanzan a través del legislativo.³² Pero la ley no está presentada en esta concepción como el expresión genuina de la voluntad general del pueblo: es un concepto institucional que necesita inicialmente la participación de todos los sujetos políticos, el gobierno como la representación popular.

De esta concepción se deriva la posibilidad de un poder autónomo del gobierno; la ley por cierto tiene una función reguladora general, sin que tal función vincule al poder ejecutivo, sino negativamente.

En otros términos, la situación en que se encuentra el Poder Ejecutivo francés con respecto a la ley es la de una vinculación positiva (el Ejecutivo es el instrumento, el servidor de la ley); en cambio, en Alemania, gobierno y administración no tienen por fin la ejecución de la ley sino la ejecución de fines propios, con legitimidad propia (la del principio monárquico, en el marco global de la ley y del derecho) (*negative bindung*, según la terminología de F. Stahl). La potestad del rey se configura como una potestad reglamentaria, un poder normador en sí mismo, que sigue conservando tras haber compartido con la nación la potestad de dictar leyes ; por ello sólo está sujeto a la obligación de no contradecir las leyes.³³

Según la pretentación de R. von Mohl, debe aceptarse la idea de una auténtica reserva material de ley basada en la protección de los derechos individuales, de la que el poder reglamentario del Ejecutivo monárquico

la separación de poderes y no garantiza los derechos del hombre y del ciudadano no puede pretender tener una Constitución...

³² García Cotarelo, J., “Los fundamentos socio-políticos de la jurisdicción constitucional”, *Revista Jurídica de Castilla-La-Mancha*, 1988, núms. 3 y 4, pp. 902 y ss.

³³ De Otto, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, pp. 134 y ss.

queda excluido.³⁴ El concepto de Estado de derecho debe por eso centrarse en el control jurídico del Poder Ejecutivo y correlativamente fortalecer las garantías jurídicas de los ciudadanos, frente a los riesgos de la intervención arbitraria del absolutismo monárquico.

Se pretende asignar al derecho la función de fijar los ámbitos del poder, sin que ninguna instancia política (incluso el órgano de representación popular, el Parlamento) tenga atribuida la competencia de la competencia. La soberanía no residenciará en el órgano de representación del pueblo, tampoco en el monarca sino en el mismo derecho. El Estado será de derecho para todos sus órganos.

Tal fue la teoría inicial: la soberanía del derecho irá convirtiéndose en la soberanía de la ley, con la precisión (importante en la concepción alemana, diferente de la concepción rousseauiana en este punto) que en la construcción del concepto de ley habrán de concurrir, por lo menos inicialmente, la representación nacional y el Ejecutivo nacional (el monarca y su gobierno).

Este concepto de Estado de derecho irá experimentado una transformación progresiva en la medida en que la Asamblea Legislativa va ejerciendo de forma autónoma la función legislativa, mientras que el poder ejecutivo se identificará con la función reglamentaria.

A partir de la Constitución prusiana de 1850, que siguió a los movimientos de 1848, la doctrina alemana elaboró un concepto dual de ley: un concepto formal y un concepto material. El mero hecho de que el concepto formal no se encontrase expresamente reservado a las materias propias de la ley permitió al legislador invadir el campo de competencia del Poder Ejecutivo.

Al conferir forma de ley a cualquier objeto o materia, se encuentra automáticamente sustraído a la competencia reglamentaria.

La tendencia formalizadora, alimentada por las concepciones positivistas, ha conducido a la preponderancia institucional del órgano legislativo y al debilitamiento correlativo del Poder Ejecutivo.

Esta transformación ha justificado la búsqueda, en la doctrina alemana, de otros tipos de control de la producción legislativa. Por otra parte, si el órgano representativo había sido, *de facto*, con el sufragio restringido, el garante institucional de los intereses de la burguesía, la introducción

³⁴ Heller, H., "Estado de derecho o dictadura?", *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985.

del sufragio universal en la Constitución de Weimar de 1919 podía suponer la pérdida por parte de la clase económica dominante del monopolio legislativo. De modo que el Parlamento alemán, en una Alemania construida como Estado-nación, bajo el liderazgo de Prusia, podía caer bajo el dominio de los intereses obreros mayoritarios y emprender un proceso de redistribución de la propiedad y de la riqueza.

Así nacieron dos corrientes doctrinales diferentes. Del lado del liberalismo burgués conservador, la tendencia a imaginar un control del Poder Legislativo que utilizará como parámetro la Constitución, en la cúspide del orden normativo (Kelsen), apelará así a un control judicial de la constitucionalidad de las leyes, a una justicia constitucional, basada en la interpretación de la norma suprema.

Por otra parte, las reivindicaciones de las frustradas clases populares van a influir en la concepción habitual del Estado de derecho. Del Estado de derecho se pasará a la idea de Estado social de derecho.

2. *Al concepto de Estado social de derecho*

¿Cuáles son las influencias más importantes que, desde un punto de vista teórico o filosófico, han convertido el tema del Estado social de derecho en un tema fundamental?

Son cuatro, en nuestra opinión, las corrientes ideológicas que influyeron decisivamente en esta evolución: la corriente social-demócrata, la corriente social-conservadora, la corriente social-cristiana y la corriente solidarista laíca.

A. *La corriente social-demócrata*

Esta corriente ha sido probablemente uno de los factores determinantes en la transformación del Estado de derecho en Estado social de derecho.³⁵

A lo largo del siglo XIX se irán configurando las líneas de una ideología que es la del Estado social, que pretende insertar a los derechos sociales en la teoría de los derechos de libertad. Esta reflexión nueva corresponde con la nueva realidad social, la del capitalismo industrial y financiero, la aparición progresiva de la clase trabajadora, con las con-

³⁵ Peces-Barba Martínez, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Dykinson, 1999, pp. 34 y ss.

diciones económicas, sociales y culturales precarias en que vive y con la resistencia de la burguesía triunfante a abrir las instituciones representativas a estos nuevos protagonistas.

La desigualdad social ha sido considerada por varios autores, y esencialmente por autores vinculados a un socialismo ético, liberal y democrático (el llamado “socialismo reformista”), como el fruto natural del reconocimiento de la igualdad jurídica o formal y del principio de autodeterminación individual en un sistema económico dominado por la libre apropiación de la riqueza.

Tal como se planteó la cuestión social durante el siglo, ha tenido tres formas de tratamiento: la vía revolucionaria marxista se desentenderá de los derechos humanos, la vía anarquista rechazará, en nombre de un individualismo radical, toda intervención del Estado; la vía socialista reformista propondrá una nueva dialéctica entre el Estado y la sociedad civil: no hay derechos sociales sin intervención del Estado y sin la participación efectiva de los ciudadanos en las instituciones de la democracia representativa parlamentaria.

Así, entre los autores del socialismo democrático (Louis Blanc, Saint-Simon, Fourier, en Francia, R. Owen, H. Laski en Inglaterra, Lassale, Bernstein en Alemania, etcétera), encontramos el núcleo de la fundamentación de los derechos económicos, sociales y culturales.³⁶

¿La unión de los términos “Estado de derecho” y “Estado social”, la hizo H. Heller, juspublicista alemán quien introdujo la expresión Estado social de derecho en su obra *Rechtsstaat oder Diktatur?*³⁷ Para Heller, la democracia sólo es posible dentro de una situación de homogeneidad social; la disparidad social, al contrario, acompañada por una mera igualdad formal, disimula la dictadura de la clase dominante. Lo que en definitiva está propugnando Heller es el Estado social de derecho, que integre a través de los nuevos derechos sociales el Estado liberal y la homogeneidad social.³⁸

³⁶ Existe sobre este tema una literatura inmensa en diversas lenguas.

³⁷ Traducción castellana, *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985; véase aussi *Sozialismus und nation*, Rowohlt, E., Berlin, 1931 (en castellano, *Socialismo y nación*), *Escritos políticos*, *op. cit.*

³⁸ “La reivindicación por el proletariado de una democracia social no significa otra cosa que la extensión al orden del trabajo y de las mercancías de la idea de Estado material de derecho”, *Escritos políticos*, *op. cit.*, p. 287.

En otra de sus obras,³⁹ el autor describe diversos caracteres de un Estado que tiende a la democracia social y, finalmente, al socialismo. En este escrito no habla aún de Estado social de derecho, sino de “democracia social” a la que identifica por fin con “socialismo” en los términos siguientes:

El núcleo de las ideas políticas del socialismo... es sistemáticamente idéntico al núcleo de ideas políticas de la democracia social. En oposición a la democracia liberal, que legitima la gobernación política por la parte mejor del pueblo, a saber, por la inteligencia y la propiedad, la democracia social reconoce sólo al pueblo, en su totalidad esencialmente solidario, como fundamento justificativo al gobierno.⁴⁰

B. *La corriente social-conservadora*

Aludimos con esta expresión a una corriente doctrinal que, consciente de los riesgos generados por las tensiones sociales dentro del Estado liberal, prefiere otorgar al Estado nuevas responsabilidades en la misión de asegurar una existencia digna a todos los individuos.

El representante más conocido de esta tendencia es el autor alemán Forsthoff,⁴¹ se debe recordar que la Ley Fundamental de Bonn de 1949 había adoptado, en su artículo 20-1, la noción de Estado social de derecho, extendida al orden constitucional de los *Länder* por el artículo 28-1 y protegida de toda reforma por la cláusula de intangibilidad del artículo 79-3.

El concepto de *Daseinvorsorge* (una traducción aproximativa al castellano podría ser “procura existencial”)⁴² se refiere así a todas aquellas

³⁹ Sijthoff, A. W., “Die politischen Ideenkreise der Gegenwart”, *Gesammelte Schriften*, Leiden, 1971.

⁴⁰ Una de las exigencias del Estado social de derecho debería ser la de convertir en jurídico-público el orden jurídico-privado del trabajo y de la propiedad; otras de las exigencias planteadas para la realización de la democracia social serían el reconocimiento y protección legal de los medios de lucha con que cuenta el trabajador frente al empresario, la garantía de un derecho al trabajo a través de diversos medios (obras públicas para remediar al paro, limitación del cierre de fábricas y, como idea socialista básica, “la supremacía de la voluntad popular, organizada en el Estado libre..., sobre la economía”, *ibidem*, pp. 322 y ss.).

⁴¹ Forsthoff, E., *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstad, 1968; en castellano, *Sociedad industrial y administración pública*, Madrid, ENAP, 1967, pp. 14 y ss.

⁴² Carmona Cuenca, E., *op. cit.*, p. 58.

nuevas funciones asignadas a la administración pública en la moderna sociedad industrial.

En el Estado social de derecho, la administración se configura como una administración prestacional.⁴³ La noción de *Daseinvorsorge* podría permitir obtener consecuencias de este deber social de la administración.

En particular, el Estado social de derecho estaría invitado a mantener la función social de redistribución de la economía:⁴⁴ regulación de la demanda, de la producción y del consumo; aportación de prestaciones necesarias para la existencia; garantía de una relación adecuada de salarios y precios, lo que implica el derecho al trabajo y una remuneración equitativa del mismo.

Eso dicho, es imposible que el Estado social de derecho sea constitucionalmente obligado a asegurar en todas circunstancias las prestaciones necesarias a la “procura existencial”. La administración pública no puede ser constreñida a realizar determinadas prestaciones sociales.

Dice textualmente el autor:⁴⁵ “La fórmula de Estado social de derecho no es un concepto jurídico en el sentido de que designe una categoría especial del Estado de derecho, con características propias y contenido material propio. De esta fórmula no pueden deducirse derechos ni deberes concretos ni instituciones como la cogestión”.

Por fin, y por eso su pensamiento se diferencia del pensamiento socialista, Forsthoff opta por el Estado de derecho en su más estricto sentido y por determinar en qué medida es compatible con las exigencias del Estado social.

Las garantías jurídico-sociales habituales no pueden establecerse de modo general y abstracto tratándose de las prestaciones destinadas a asegurar la *Daseinvorsorge*. El autor prefiere evocar el derecho de participación del individuo en los organismos del Estado. Derechos sociales tales como el derecho al trabajo, a la enseñanza, a la seguridad social, a la protección de la familia, maternidad o juventud no se pueden captar en normas jurídicas abstractas.

⁴³ *Leistende Verwaltung*.

⁴⁴ “El Estado social, a diferencia del Estado autoritario y del Estado liberal de derecho, es un Estado que garantiza la subsistencia y, por lo tanto, es Estado de prestaciones y de redistribución de riqueza”, *Sociedad industrial y administración pública*, op. cit., p. 49; véase, también, “Problemas constitucionales del Estado social”, *El Estado social*, Madrid, CEC, 1986.

⁴⁵ “Concepto y esencia del Estado social de derecho”, *El Estado social*, op. cit., p. 97.

Por otra parte, no se pueden concretar todos los aspectos de la regulación social en un tiempo determinado. Las normas sociales deben adecuarse a lo que sea posible o conveniente, en función de las circunstancias. Forsthoff rechaza tajantemente la introducción de tales disposiciones en la Constitución misma.⁴⁶ Lo que debilita singularmente su argumentación. Su concepción del Estado social de derecho no tiene nada que ver con una ideología socialista.

C. *La corriente solidarista*

Esta corriente ha contribuido igualmente a alimentar la teoría del Estado social de derecho. Uno de sus representantes más conocidos es Léon Duguit, fundador de la Escuela del servicio público, que influyó mucho en la evolución del derecho administrativo francés en los comienzos del siglo XX.⁴⁷

L. Duguit contribuirá de una cierta manera a la creación de la cultura jurídica favorable al Estado social de derecho, aunque no acepta la noción de derecho subjetivo social. El fundamento del derecho administrativo, y más ampliamente, del derecho público no puede ser sino la exigencia social de los servicios públicos. La conciencia social, dice el autor, “no admite que el Estado no intervenga en materia de enseñanza... no admite que el Estado no organice los servicios de asistencia”. Los hombres de una misma sociedad tienen necesidades comunes, cuya satisfacción no pueden asegurar más que por la vida común y la solidaridad social. Por otra parte, los hombres tienen necesidades diferentes y al mismo tiempo aptitudes diferentes: pueden, por tanto, “ayudarse en mutuos servicios y asegurar la satisfacción de sus necesidades diversas”. En esto consiste la solidaridad, la interdependencia social, matriz de las servicios públicos como fundamento objetivo del derecho público.

Se ve claramente que esta concepción de la solidaridad social no utiliza el instrumento abstracto de los derechos sociales; la organización de la solidaridad se realiza desde el Estado y a través el Estado. El “servicio público” nace precisamente de las deficiencias y insuficiencias de la ini-

⁴⁶ Forsthoff, E., “La República Federale Tedesca como Stato di Diritto o Stato Sociale”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1956, pp. 547 y ss.

⁴⁷ En lengua castellana, véase *Las transformaciones del derecho público y privado*, Buenos Aires, Heliasta, 1975.

ciativa privada, cuando es incapaz de organizar la satisfacción de las necesidades comunes.

D. *La corriente social-cristiana en la Iglesia católica*

Es uno de los componentes de la teoría del Estado social de derecho y de la democracia social que se añadió más tardíamente a las otras corrientes, ya que el catolicismo militante de los pontífices del siglo XIX, en sus encíclicas, descalificaba y rechazaba frontalmente la filosofía de los derechos humanos.⁴⁸

Sólo recientemente, a partir de Pío XII y sobre todo de Juan XXIII, puede decirse que la Iglesia Católica asume oficialmente la herencia cultural de los derechos humanos.⁴⁹

El pensamiento social de la Iglesia Católica se vincula por lo esencial con ciertos derechos sociales tales como el derecho al trabajo y con la encíclica de León XIII, *Rerum novarum*.

Eso dicho, para la Iglesia católica contemporánea,⁵⁰ los derechos sociales son reconocidos como tales, sin siquiera el reconocimiento formal de los principios del Estado de derecho —y el aporte del cristianismo social a la teoría del Estado social de derecho puede ser considerado como indirecto—.

Teniendo en cuenta la historia singular del concepto de Estado social de derecho, y sus varios fundamentos teóricos ¿cuales son las problemas que debe enfrentar en la Europa de hoy?

III. LA PROBLEMÁTICA CONTEMPORÁNEA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

A la extensión continua del modelo de Estado social, considerado por ciertos autores⁵¹ como “estructura de la convivencia política occidental”

48 Véase una presentación diferente, inspirada por el jusnaturalismo posmoderno, Zagrebelsky, G., *Il Diritto mite*, Turín, Einaudi, 1993.

49 El llamado cristianismo social, aunqua haya adoptado el lenguaje de los derechos, no se ha abierto totalmente a los derechos de la tradición laica (Peces-Barba Martínez, G., *op. cit.*, p. 117). Además, el problema de los derechos está planteado en la doctrina del catolicismo social desde una perspectiva diferente de la que han eligida las tradiciones laicas y socialistas en la materia.

50 Encíclica *Veritatis splendor*, 1993.

51 Lucás Verdú, P., *La lucha por el Estado de derecho*, Publicaciones del Real Colegio

han contribuido, como ya lo hemos notado, numerosas corrientes del pensamiento político occidental contemporáneo. Los estados europeos que se reconstruyen tras la segunda guerra mundial han optado por este modelo de Estado, ampliamente aceptado, y que pretendía mantener un régimen de libertades clásicas y realizar a la vez una progresiva igualdad entre los individuos.

Frente a las nuevas exigencias sociales y a la disminución relativa de sus recursos económicos, el Estado social de derecho no puede asegurar correctamente sus compromisos sociales, garantizar un nivel adecuado de prestaciones sociales ni lograr satisfacer las expectativas que se depositaron en él.⁵²

El sistema ha entrado en crisis. Sin embargo, sus potencialidades no parecen agotadas. En particular, puede apoyarse la teoría del Estado social de derecho en un reconocimiento formal por las instancias de la Unión Europea.

1. *La crisis del Estado social de derecho*

No vamos a insistir en los aspectos generales de una crisis global del Estado que afecta a esta estructura jurídico-política en relación con el proceso de globalización y de mundialización de la economía.

La crisis que nos interesa más está vinculada, cierto es, a la crisis económica y social general de los años setenta; pero presenta algunas características que se refieren directamente al modelo del Estado social de derecho.⁵³ Se trata por lo esencial de una crisis económica y de una crisis conceptual.

de Bolonia, 1975, p. 95.

⁵² El fenómeno ha sido ampliamente analizado, véase, por ejemplo, García Cotarelo, R., *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, Madrid, CEC, 1986.

⁵³ Porras Nadales, A. J., *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, Barcelona, Promociones y publicaciones universitarias, 1988; Velarde Fuertes, J., "Consideraciones sobre la crisis del Estado del bienestar", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 1994, pp. 3 y ss.; Cabo Martín, C. de, "Democracia y derecho en la crisis del Estado social", *Sistema*, 1994, núms. 118 y 119, pp. 63 y ss.; Olivás, E., *Problemas de legitimación del Estado social*, Madrid, Trotta, 1991; Lauricelli, R., *Crisi della politiche e politiche nella crisi*, Lebreria L'Ateneo, Napoles, 1981; Offe, C., *Contradicciones del Estado del bienestar*, Barcelone, Blume, 1982; Porras Nadales, A. J., "La evolución del Estado social y sus perspectivas", *Sistema*, 1994, núms. 118 y 119, pp. 231 y ss.; Eisenstadt, S. N. y Ahimeir A. (eds.), *The Welfare State and its Aftermath*, Londres, Croom

2. Crisis económica y Estado social de derecho

El periodo marcado, en los años cincuenta a setenta, por un elevado grado de paz social, de desarrollo económico y de bienestar general, en el marco del llamado “Estado social de derecho”, ha comenzado a resquebrajarse en los años setenta. La extensión de la pobreza, el desempleo, la marginación de ciertas categorías sociales, la inmigración (legal o ilegal), la pérdida de poder adquisitivo, los conflictos sociales han obligado a poner en duda algunos de los requisitos básicos del Estado social de derecho.

La configuración del Estado social en los primeros decenios de la posguerra estaba produciendo varios obstáculos al nuevo sistema de acumulación (incremento excesivo de los gastos del Estado, ayuda a los sectores en crisis, protección social generalizada, etcétera). De modo que este tipo de Estado resulta disfuncional para los intereses del capital nacional e internacional.

En una obra conocida,⁵⁴ James O’Connor estima que el Estado capitalista debe, por un lado, mantener condiciones en las cuales sea posible la acumulación rentable de capital, y, por otro lado, mantener las condiciones necesarias a la armonía social. El problema es que la acumulación del capital y el seguro social generalizado no son fácilmente compatibles. Mientras que el excedente social continúa siendo apropiado por el sector empresarial privado, los costos sociales de la producción tienden a socializarse; por fin, los gastos estatales se incrementan más rápidamente que los medios para financiarlos.⁵⁵

Otra crítica al Estado social viene del neoliberalismo económico. Los detractores liberales del Estado social afirman que el Estado hubiera debido respetar a las fuerzas del mercado libre; su expansión excesiva ha sido la causa principal del estancamiento de las economías occidentales. Además, la presión fiscal abusiva agota los recursos de la iniciativa privada y produce efectos desmovilizadores. Y unas políticas asistenciales inicialmente igualitarias desvelan por fin su carácter antiigualitario y contraproducente.

Helm, 1985; Luhman, N., *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoles, Guida, 1978.

54 *The Fiscal Crisis of the State*, Nueva York, St Martin Press, 1973.

55 Carmona Cuenca, E., *op. cit.*, pp. 86 y ss.

En otros términos existe una contradicción potencial entre una política social extensiva y el crecimiento económico. La asunción de tareas sociales por el Estado se manifiesta a través de una actuación prestacional sostenida con el dinero público, cuyos costos resultan difícilmente soportables en situaciones de crisis económicas.

Con una libertad internacional de comercio creadora de situaciones de libre competencia, el enfrentamiento entre sistemas de producción notablemente desiguales conduce a cuestionar la preservación del Estado social.⁵⁶

3. Crisis conceptual

La noción de “derechos sociales” siempre ha sido discutida desde el punto de vista de la lógica conceptual.

¿Son derechos como los otros los derechos sociales o económico-sociales? Debido a su debilitada configuración jurídica y a las dificultades que plantea su realización práctica, no es difícil encontrar opiniones que niegan su valor jurídico. La promoción que supone figurar en Constituciones consideradas como normas jurídicas auténticas no siempre se ha visto correspondido, sin embargo, con la creación de mecanismos de protección que hagan posible su exigibilidad.

Ya advierte el filósofo italiano Norberto Bobbio que “si el campo de los derechos del hombre... es aquel en el que mayor es la diferencia entre la posición de la norma y su efectiva aplicación”, ello ocurre “en mayor medida propiamente en el campo de los derechos sociales”.⁵⁷

También es opinión de otro autor italiano, A. Calsamiglia: “los derechos sociales no son derechos en el mismo sentido que los derechos individuales... son programas, directrices para seguir...”.⁵⁸ Se sitúan en un especie de “limbo jurídico, a la esperada que sean definidos detalladamente por la ley” añade G. Palombella.⁵⁹

El carácter no justiciable de los derechos sociales parece natural, de una cierta manera, teniendo en cuenta las dificultades evidentes para

⁵⁶ Aragón Reyes, M., *op. cit.*, p. 41.

⁵⁷ Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Madrid, Sistema, 1991, p. 123.

⁵⁸ Calsamiglia, A., *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Barcelona, Paidós, 2000, pp. 142 y ss.

⁵⁹ *Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría*, trad. de García, A., Figueroa, Madrid, Doxa, 1999, p. 548.

articular una infraestructura que posibilite su aplicación como auténticos derechos.

Si puede admitirse globalmente que los derechos individuales exigen deberes de abstención, de omisión o de prohibiciones —y que los derechos sociales se vinculan con deberes de acción u obligaciones positivas por parte del Estado, ya que demandan una prestación concreta (o, en otras palabras, que el Estado liberal es abstencionista y el Estado social, intervencionista)—, se demuestra fácilmente, sin embargo, que ni todos los derechos individuales exigen deberes de omisión ni todos los derechos sociales piden obligaciones positivas.⁶⁰

Por una parte, cualquier derecho presupone algún tipo de acción positiva por parte del Estado y, por otra parte, el término “prestación”, entendido de una manera extensiva, incluye no sólo la prestación de bienes y servicios sino también el establecimiento de normas jurídicas.⁶¹ Lo que si hay de cierto es que, en los derechos sociales, el papel de las obligaciones positivas, de los deberes prestacionales tiene una “importancia simbólica mayor”.⁶²

No pueden separarse fácilmente, además, los derechos sociales de los derechos individuales clásicos. Los derechos sociales aspiran a realizar algunas exigencias que ya están expresadas en los derechos individuales. El derecho a la igualdad, que figura en las declaraciones de los derechos de la primera generación como derecho individual, vinculado con la libertad, es también el principio constitutivo de los derechos sociales, en cuanto igualdad en los derechos de todos a condiciones sociales de supervivencia.

De uno u otra manera todos los derechos sociales encuentran su fundamento en la igualdad substancial⁶³ y se pueden ver como “una extensión y prolongación natural de los derechos individuales básicos”.⁶⁴

60 Gargarella, R., “Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?”, *Jueces para la democracia*, 1998, núm. 31, pp. 11 y ss.

61 Sastre Ariza, S., “Hacia una teoría exigente de los derechos sociales”, *Revista de Estudios Políticos*, 2001, núm. 112, pp. 253 y ss.

62 Véase Abramovich y Courtis, C., “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Crítica de Derecho Social*, 1997, núm. 1, pp. 3 y ss., en particular, p. 7.

63 Nino, C. S., “Sobre los derechos sociales”, trad. de Lujambio, J. M., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000, pp. 137 y ss.; Castro, B. de, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad de León, 1993, pp. 76 y ss.

64 Nino, C. S., “La filosofía del control judicial de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1989, núm. 4, pp. 79 y ss.

Y todos los derechos individuales requieren tener en cuenta la situación real de desigualdad fáctica en la que se encuentran muchas personas en una sociedad determinada.

De todos modos, no hay Estado que no intervenga con mayor o menor intensidad en los procesos sociales y económicos. El Estado social no puede definirse como forma de Estado porque no lo es; es una modalidad, entre otras, del llamado Estado de derecho y no supone, *a priori*, modificación sustancial alguna respecto de la organización del poder típica del Estado constitucional democrático. La dimensión “social” de los derechos no afecta a la estructura del Estado sino a sus fines, no significa la substitución de la representación política por otra forma de democracia. Lo que impone al Estado es la asunción de nuevas tareas relativas a procurar una mayor igualdad social y a proteger los sectores sociales menos favorecidos.

Sería difícil —e inútil— pretender identificar un Estado liberal, garantizando espacios de autonomía privada para el ejercicio de los derechos de libertad de los ciudadanos, y un Estado social, dispuesto a intervenir sistemáticamente en los ámbitos sociales, económicos y culturales.

El Estado social se presenta por fin como un principio puramente material, un principio orientador de la actuación del Estado, que debe estar encaminada a la reducción de la desigualdad social.

Las relaciones entre Estado social y democracia o pluralismo político merecerían ser aclaradas en la teoría política y jurídica contemporánea. Se debe aceptar la idea de una conexión suficientemente abierta y flexible para que sean posibles políticas distintas sobre la orientación social de la acción pública, según la mayoría que alcance el poder. Pero el Estado social debe también preservar un núcleo duro, un contenido mínimo, frente a dicha mayoría (*i. e.* frente al legislador de turno).

Otra ambigüedad: los derechos sociales exigen una reformulación de la dialéctica sociedad-Estado en la medida en que se sostiene así una visión deliberadamente optimista del poder estatal y del derecho. El Estado no es limitado negativamente por prohibiciones de impedir y “derechos de”, sino funzionalizado positivamente por obligaciones de satisfacer los “derechos a”. Los derechos sociales conforman una nueva visión de la legitimidad del Estado, frente a la dimensión francamente negativa de la visión liberal.

Por tanto, en nuestra opinión, una concepción coherente de la democracia exige tomar en serio no sólo los derechos individuales de la de-

mocracia formal o política, sino también los vínculos positivos que corresponden a los derechos sociales.

Si la causa principal de la devaluación de los derechos sociales reside en que no disponen de las garantías necesarias (concretamente no son susceptibles de recurso individual de protección jurisdiccional: amparo, *Verfassungsbeschwerde*, etcétera), corresponde normalmente al juez constitucional competente determinar el contenido mínimo que exigen estos derechos, sin invadir de forma injustificada las competencias del legislador. Este contenido mínimo desvela de una cierta manera el tipo de sociedad aceptable y deseable para la conciencia social.⁶⁵

La crisis de la teoría del Estado social de derecho ha conducido a proponer una reformulación de la política del Estado del bienestar.

4. *Hacia una reformulación de la política del Estado social de derecho*

Las nuevas orientaciones que se diseñan más o menos claramente en la Europa contemporánea tienden a mantener los fines del Estado social de derecho y a evitar en lo posible los aspectos negativos que han sido denunciados.⁶⁶

La revisión se hace a dos niveles: a nivel nacional y a nivel europeo comunitario.

A. *A nivel nacional*

En el marco de la globalización y de la mundialización de la economía, resulta útil distinguir las dos facetas principales en que se articula el Estado social de derecho.

En lo que se refiere, en primer lugar, al Estado interventor, existe aparentemente un acuerdo general (por lo menos provisional) en los diferentes países europeos acerca de la necesidad de reducir sus funciones. Los temas contemporáneos de la desreglamentación, de la liberalización,

⁶⁵ Véase, por ejemplo, a propósito del sistema francés de control, Capitant, D., "A propos de la protection des droits économiques et sociaux en France", *Les droits individuels et le juge en Europe*, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 127 y ss.

⁶⁶ García Herrera, M. A., "El fin del Estado social", *Sistema*, 1994, núm. 118, pp. 133 y ss.; Tarnawsky, E., "El bienestar contra el Estado: premisas y consecuencias de la reforma del Estado del bienestar", *Sistema*, 1994, p. 118.

de la desestatalización, de la privatización de empresas públicas tienen algo que ver con esta tendencia, igualmente sostenida por las instancias de la Comunidad Europea, en el marco del espacio económico común que se está constituyendo desde el Tratado de Roma de 1957.

Se trata, por parte del Estado social, de restablecer una relación más eficaz entre economía y mercado, dentro de un sistema capitalista, dominado por la libertad de emprender y la libertad del comercio y de la industria, en sus diferentes aspectos.

Para la doctrina liberal o neo-liberal, esta convicción no se discute ; viene dada por la teoría misma del liberalismo. Para la doctrina social-demócrata, social-conservadora o social-cristiana, hay que tomar en cuenta las experiencias desafortunadas del intervencionismo estatal abusivo, las exigencias del mercado en la Europa comunitaria y los retos de la mundialización de la economía.

La situación es diferente por lo que se refiere al Estado asistencial.

A pesar de las críticas contra la política social de ciertos estados europeos, se admite que la existencia de un Estado asistencial ha producido efectos benéficos y ha permitido mitigar las consecuencias nocivas de los cambios económicos recientes: el sistema de protección contra el desempleo, de seguridad social y otras prestaciones del mismo tipo ha favorecido la reconversión industrial, la flexibilización de las condiciones contractuales de trabajo y evitado así los conflictos y tensiones sociales y políticas probables en tales circunstancias.

Sería difícil por otra parte reducir o suprimir los servicios asistenciales (seguridad social, subsidios de paro, etcétera) sin provocar las reacciones inmediatas de los interesados. Estos servicios parecen intocables, independientemente de las convicciones políticas del gobierno de turno. Ningún partido político o organismo sindical, o gremial, podría atacar frontalmente un sistema asistencial, pero sí se puede admitir las propuestas de reforma interna para lograr su adaptación a las nuevas condiciones sociales.

En particular, se ha alertado sobre la necesidad de una reflexión teórica acerca de los requisitos y los límites del Estado social de derecho⁶⁷ y acerca de la oportunidad de atribuir a los ciudadanos un protagonismo efectivo como alternativa a lo concepción expansiva de la política social en ciertos

⁶⁷ Luhman, N., *Politische Theorie in Wohlfahrtsstaat*, Olzog Verlag, Gunther, trad. castellana: *Teoría política del Estado del bienestar*, Madrid, Alianza, 1994.

Estados europeos. La iniciativa privada o asociativa no debería ser descartada, sino promovida como complemento necesario de las prestaciones estatales en materia de seguridad social o de lucha contra el desempleo, sobre todo si se toma en consideración una evolución demográfica preocupante.

B. A nivel europeo

En el contexto europeo, el reconocimiento de los derechos sociales se ha llevado a cabo por medio de dos instrumentos internacionales: la Carta Social Europea de 1961 y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores del 9 de diciembre de 1989.

a) La Carta Social Europea ha sido firmada en Turín, el 18 de octubre de 1961, en el marco del Consejo Europeo, por 12 de los estados miembros de dicho Consejo. Esta Carta, entrada en vigor desde el 26 de febrero de 1965 fue reformada en 1991 (Protocolo de Turín sobre los mecanismos de control) y en 1995 (Protocolo adicional sobre el sistema de reclamaciones colectivas). El 3 de mayo de 1996 fue adoptada en Tunes la Carta Social revisada, integrando otro protocolo sobre la igualdad entre los trabajadores y la prohibición de toda discriminación basada en el sexo así como el derecho de los trabajadores a la información⁶⁸ dentro de las empresas. Ha introducido la Carta revisada algunos nuevos derechos, el derecho a la protección contra la pobreza y el derecho a la vivienda. Cada Estado debe aceptar por lo menos 6 de los 9 artículos que constituyen el núcleo duro de la protección social a nivel europeo.

Veintiocho países, hasta la fecha, han ratificado la Carta de 1961 o la Carta revisada de 1996. Dos estados, en particular, no han aceptado uno u otro de estos textos: Suiza y Rusia.

La Carta Social fue considerada inicialmente como un complemento útil del Convenio Europeo de derechos humanos (firmado en Roma, en 1950, por los estados miembros del Consejo de Europa), en la medida en que tal Convenio no se preocupaba suficientemente de los derechos sociales, económicos y culturales sino de los derechos civiles y políticos fundamentales.⁶⁹

⁶⁸ El Protocolo de 1995 y la Carta revisada han entrado en vigor en 1998 y 1999, respectivamente.

⁶⁹ Este análisis, por ser justificado en sus grandes líneas, debería ser matizado (véase, en lengua francesa, Sudre, F., "La perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux", *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*,

Los estados asumieron el compromiso de no adoptar decisiones internas contrarias a la política social instrumentada en la Carta Social Europea. Tal obligación, por ser negativa, revelaba de por sí un programa progresivo de acción común con base en un acuerdo ideológico global. Los derechos fundamentales de carácter social enumerados en la Carta Europea son: el derecho al trabajo, el derecho sindical, el derecho de negociación colectiva, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica, el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica, el derecho de los trabajadores migrantes a gozar de protección y asistencia, el derecho de los minusválidos a una protección adaptada, el derecho de huelga de los trabajadores y empresarios, etcétera.⁷⁰

Desgraciadamente, la Carta Social Europea no ofrece a los ciudadanos un derecho de acceso directo a una jurisdicción internacional y el texto no se aplica a los extranjeros extra-europeos. Además de eso, los estados miembros del Consejo de Europa no tienen la obligación de aceptar todas las disposiciones de la Carta, sino un mínimo de 6 artículos entre los derechos del núcleo esencial de la Carta. Los mecanismos de control permanecen débiles a pesar de la voluntad, manifestada en la revisión de 1996, de reforzarlos. Los Estados tienen la obligación de presentar un informe sobre su situación social respecto de la Carta; el informe está sometido al Comité Europeo de los derechos sociales, integrado por expertos independientes. El Comité elabora la “jurisprudencia” relativa a la aplicación de la Carta o de la Carta revisada.⁷¹ Eventualmente el

Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 467 y ss.; F., Sudre, “La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l’homme”, *Les nouveaux droits de l’homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 103 y ss.; Daugareilh, I., “La Convention européenne des droits de l’homme et des libertés fondamentales et la protection sociale”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2001, núm. 37, pp. 123 y ss.; Flauss, J. F., “Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux”, *Petites Affiches*, 26 de julio de 2001, pp. 9 y ss.).

⁷⁰ La Carta revisada de 1996 ha añadido a los derechos fundamentales enumerados en 1961 la protección de los niños y el principio de igualdad de los trabajadores hombres y mujeres.

⁷¹ Se trata de una interpretación sin carácter jurisdiccional (el Comité no tiene el estatuto de una jurisdicción internacional (véase Grévisse, S., “Le renouveau de la Charte sociale européenne”, *Droit social*, 2000, pp. 884 y ss.; Akandji-Kombe, J. F., “L’application de la Charte sociale européenne: la mise en ...uvre de la procédure de réclamations collectives”, *Droit social*, 2000, pp. 888 y ss.; “La France devant le Comité européen

problema estará tratado a nivel político por un Comité Gubernamental (integrado por representantes de cada Estado miembro del Consejo de Europa) e incluso por el Comité de ministros del Consejo de Europa que dirige sus recomendaciones al Estado interesado acusado de no respetar sus compromisos.

La fuerza jurídica de la Carta en los derechos nacionales está progresivamente reforzándose; ciertos países la consideran como directamente aplicable (España, Holanda, Turquía); otros la utilizan para interpretar el derecho social interno.

b) En el marco de la Unión Europea, el 9 de diciembre de 1989, se aprobó otro texto de carácter internacional, la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores, con la exclusión expresa del Reino Unido. Se trata de un documento de dudoso status jurídico (no tiene fuerza de tratado internacional) cuyo objetivo es el de precisar, dentro del espacio comunitario de la Europa de los 16, la interpretación de los principales derechos sociales.

La garantía de estos derechos sociales, así como la aplicación de las medidas sociales indispensables para el buen funcionamiento del mercado interior en el marco de una estrategia de cohesión económica y social competen a los Estados miembros de conformidad con las respectivas prácticas nacionales, en particular mediante su legislación y convenios colectivos.

Puede decirse que el Tribunal de justicia de las comunidades europeas ha hecho hasta la fecha un uso tímido y escaso de la Carta Comunitaria de los derechos fundamentales.

La Carta Comunitaria tuvo su extensión en el Protocolo adicional núm. 17 al Tratado de Maastricht (1992) y en el Tratado de Amsterdam (1997). El artículo 136 de ese Tratado establece lo siguiente:⁷² “La Comunidad y los estados miembros... tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada,

des droits sociaux”, *Droit social*, 2001, pp. 977 y ss.).

⁷² Robin-Olivier, S., “La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d’Amsterdam”, *Droit social* 1999, pp. 609 y ss.; Baquero Cruz, J., “La protección de los derechos sociales en la Comunidad Europea tras el Tratado de Amsterdam”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, núm. 4, pp. 652 y ss.

el diálogo social y el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. A tal fin, la Comunidad y los estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad”.

c) La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada por el Consejo Europeo de Niza el 9 de diciembre de 2000, no ha añadido mucho a los textos existentes.⁷³

En cuanto a la eficacia de estas disposiciones, podrían constituir una ampliación potencial de la competencia comunitaria en materia social y debilitar las intervenciones nacionales. La resistencia de ciertos países (esencialmente Gran Bretaña) viene precisamente de esta perspectiva.

Es difícil proponer conclusiones concretas en un tema tan amplio y tan evolutivo como el tratado en este informe. La emergencia del Estado social de derecho corresponde a una fase determinada de la historia de nuestras sociedades. El Estado social de derecho se implica en la vida

⁷³ Pécheul, A., “La Charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne”, *Revue Française de Droit Administratif*, 2001, pp. 687 y ss.; De Schutter, O., “La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l’ordre juridique communautaire”, *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, 2000, núms. 1 y 2, pp. 33 y ss. Esta carta no ha sido todavía incorporada en el Tratado de la Unión Europea. Su fuerza jurídica es la de una mera declaración común, que acompaña el Tratado de Niza (27 de febrero de 2001). Eso dicho, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce, en su capítulo IV (Solidaridad) los principales derechos sociales ya consagrados en los documentos internacionales o nacionales: derecho de los trabajadores a ser informados y consultados en el seno de las empresas (artículo 27); derecho a la negociación y a la acción colectivas (incluso el derecho de huelga, artículo 28); protección contra los despidos injustificados (artículo 30); derecho de los trabajadores a condiciones de trabajo que preserven su salud, su seguridad y su dignidad (artículo 31-1), limitación de la duración máxima del trabajo y derecho a obtener periodos de descanso diarios y semanales, así como periodos de vacaciones anuales pagadas; prohibición del trabajo de los niños; adaptación de las condiciones de trabajo a favor de los jóvenes; protección de la vida familiar frente a las exigencias de la vida profesional; derecho a los seguros sociales frente a los riesgos habituales (enfermedades, accidentes del trabajo, maternidad, desempleo, etcétera); derecho a las prestaciones y ventajas sociales, con arreglo al derecho comunitario y a las legislaciones o a las prácticas nacionales; lucha contra la exclusión social; derecho a una ayuda social y a una ayuda a la vivienda con el fin de asegurar una existencia digna a los que carecen de recursos suficientes, en aplicación del derecho comunitario y de las legislaciones y prácticas nacionales, etcétera.

social y económica y trata de conducirla en el respeto del derecho con la finalidad de conseguir el bienestar de los ciudadanos.

Es claro que el Estado social está experimentando en el contexto de la Europa contemporánea, un cambio notable. Pero también es cierto que no está en proceso de desaparición sino de adaptación a la evolución mundial de la economía y de las relaciones sociales.

Lo que sí parece estar en declive es el llamado modelo social-demócrata, el modelo del Estado omnipotente, director de los procesos económicos y abusivamente intervencionista. Ese modelo del Estado social ha declinado —y probablemente ha sido abandonado— por razones teóricas (presión del liberalismo como tal —y del liberalismo económico en particular—, incompatibilidad entre la economía de mercado internacionalmente contemplada y el fraccionamiento político y sociológico de las sociedades organizadas en Estados) y por razones prácticas (crisis fiscal, pérdidas de competitividad originadas por el exceso, o el mal uso, de las subvenciones públicas, etcétera).

Pero el Estado social permanece, como instrumento eficaz de integración social, de corrección o de prevención de los desequilibrios sociales y económicos que el neo-liberalismo de hoy contribuye a crear o a acentuar). Sigue siendo una realidad política vinculada a las otras dos dimensiones clásicas del Estado de hoy: las del Estado “democrático” y del Estado “de derecho”.

La discusión sobre el constitucionalismo social en la Europa contemporánea suele plantearse habitualmente al nivel de la teoría del Estado, pero abordar el problema desde el punto de vista del derecho constitucional obliga a determinar el tipo de prescripción constitucional que en ello de manifiesta.

Estamos en presencia de un principio jurídico y su consagración constitucional (a su reconocimiento por el juez constitucional) viene dotada de una clara y muy cualificada rigidez. Eso dicho, el Estado social, como principio constitucional, “ha de tener un contenido mínimo”⁷⁴ que conviene preservar frente al legislador.

Ese esfuerzo interpretativo pasa por la aclaración en cada Estado del núcleo básico de los derechos sociales que exigen una protección constitucional y conllevan así la imposición de ciertos límites al propio ór-

⁷⁴ Aragón Reyes, M., “La democracia social y económica”, *Economía y derecho ante el siglo XXI*, Valladolid, Lex nova, 2001, p. 20.

gano legislativo de turno. Al admitir que el principio del Estado social es un principio esencialmente material, que no modifica por sí mismo el esquema básico de las democracias europeas, que no afecta directamente a la representación política o a la división de poderes, sino que orienta la actuación del Estado con el propósito de reducir la desigualdad social, no se debe olvidar que se trata de una fórmula constitucionalizada en la mayoría de nuestros estados y que goza por ello de una garantía jurídica teóricamente sólida. Tal garantía necesita concretarse en la determinación, para cada uno de los derechos sociales reconocidos, de la protección constitucional mínima de que se debe beneficiar — y, de manera general—, por una interpretación jurisprudencial deliberadamente orientada en funciones de los fines sociales del Estado, tratándose de los preceptos constitucionales controvertidos.

En nuestros tiempos caracterizados por la mundialización o globalización de las relaciones económicas, políticas y sociales, la exclusión de sectores cada vez más amplios de población es difícilmente aceptable.

El riesgo podría ser que los mecanismos mismos del liberalismo a ultranza presionen sobre los derechos sociales y conduzcan a reacciones más duras de las categorías desfavorecidas.

Entre el Estado liberal y el Estado social de derecho la compatibilidad es posible y deseable pero tiene que pasar por una reinterpretación de algunos de sus postulados básicos.