

¿UNA POLÉMICA OBSOLETA O UNA CUESTIÓN RECURRENTE?: DERECHO CONSTITUCIONAL VERSUS DERECHO POLÍTICO

PABLO LUCAS VERDÚ

Emérito

Universidad Complutense

I. ACLARACIÓN CONVENIENTE

Mi admirado colega, Óscar Alzaga, me pide que contribuya a la encuesta publicada en su revista «Teoría y realidad constitucional», título significativo, sobre la orientación del Derecho constitucional. Me ruega, y acepto, que sea breve.

Voy a reiterar mi posición sobre el tema.

Hace tiempo (1982) en un artículo que alcanzó cierta difusión en España y en el extranjero, expuse mi crítica al neopositivismo aplicado al Derecho constitucional y mi adhesión a la denominación Derecho político. Posteriormente (1994) insistí en mi discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

II. ¿UNA POLÉMICA OBSOLETA?

Conviene subrayar la importancia de las controversias para aclarar los presupuestos y métodos que configuran al estatuto científico de una disciplina. Cuando tales disputas se desarrollan con rigor y cortesía académicas, el conocimiento científico avanza. Las controversias científicas enriquecen y en alguna medida lo enaltecen. Basta recordar las polémicas entre Laband y von Gierke; Kelsen y Schmitt, Kelsen y Smend. En esta última el autor de la Teoría pura del derecho adoptó un estilo contundente y hasta despreciativo ajeno a su talante personal. En Francia, recordemos las críticas recíprocas entre Duguit y Hauriou que no empañaron su amistad.

En estas polémicas encontramos argumentos, críticas, anticipaciones y reflexiones todavía sugerentes. Por consiguiente, es erróneo sostener que las contraposiciones formalismo-sustancialismo; normativismo-decisionismo; normativismo-iustitucionismo; positivismo tanto formalista como sociológico-iusnaturalismo, relativismo-valores, son agua pasada.

He descrito la lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. Ruego al posible lector que consulte esta obra porque sigo manteniendo que Weimar fue el microcosmos de la cultura política continental europea. Insisto en que no es una apreciación vacía. Entonces se prefiguraron muchas de las cuestiones candentes que atañen a nuestra asignatura.

III. ¿UNA CUESTIÓN RECURRENTE?

Lo es. ¿Por qué? A mi juicio se debe a varias causas, a saber:

a) La explicable tendencia positivista, y neopositivista, a establecer un estatuto científico que independice a nuevas disciplinas.

Esto es claro en la configuración dogmática del Derecho administrativo al desprenderse, con sobradas razones, del Derecho político y del Derecho civil. Es el caso de Otto Mayer, fundador, en Alemania, del Derecho administrativo, en la línea positivista, si bien se apartó de las construcciones de Paul Laband, antiguo profesor de Derecho comercial, pero coincidió con él en suprimir los factores económicos y políticos. Se ha dicho que así como se habla de una filosofía anterior y posterior a Kant, también puede afirmarse que hay una ciencia del Derecho administrativo antes y después de Otto Mayer.

Por otro lado, debe recordarse su rotunda afirmación: «El Derecho constitucional pasa; el Derecho administrativo permanece». Es el orgullo, comprensible, del fundador de la dogmática del Derecho administrativo en Alemania cuyo influjo en Italia es conocido.

La contribución de Mayer fue importantísima. A él se debe el concepto del acto administrativo y de la reserva de ley.

b) Fenómeno parecido se produjo en el ámbito del Derecho procesal cuya construcción dogmática surgió en Alemania y pasó a Italia.

Hace tiempo que se habla del Derecho constitucional procesal y aún de Derecho civil constitucional.

De todo lo anterior se desprende que si se sigue fundamentando, y empleando, el método neopositivista al Derecho constitucional, éste se desustancializa desfigurando la naturaleza de la Constitución *política*, su condicionamiento social y su estimación axiológica patente en los artículos (1.1; 10.1 y 103). De ese modo los derechos humanos pierden su contenido esencial (art. 53) y se orilla el 9.2 en cuanto cláusula de transformación social, en cuanto promueve la condiciones para que la libertad y la igualdad sean más reales y efectivas removiendo los obstáculos que lo impiden.

IV. DERECHO CONSTITUCIONAL Y CONCEPTO DEL DERECHO

Hay que subrayar que la cuestión planteada en la encuesta depende, básicamente, del concepto que se tenga del Derecho y en consecuencia del Derecho constitucional. Es menester comprobar si nuestros constitucionalistas examinan el Derecho desde una óptica neopositivista, formalista, desde una perspectiva sociológica o según una concepción iusnaturalista personalista-comunitaria y crítica, porque el tratamiento de nuestra materia, es obvio, será muy diferente, según se siguiera una u otra de estas direcciones.

Además, hay que considerar el tipo antropológico del investigador de nuestra disciplina o del profesor que la explica. Es verdad que esta afirmación no es estrictamente jurídica pero es evidente que el hallazgo *semántico* de Maquiavelo (el Estado como designación de la estructura política renacentista), el hallazgo *conceptual* de la soberanía del Bodino y el hallazgo *institucional* de la separación de poderes, Montesquieu, (para asegurar los derechos individuales y lograr tener y estar en Constitución), dependen no sólo de las circunstancias en que vivieron, además de su talante personal.

En la misma línea, conviene subrayar que la construcción *geométrica* del orden jurídico de Merkl y Kelsen es respuesta adecuada al caos que ofrecía el ordenamiento jurídico del desaparecido Imperio austrohúngaro. En definitiva, el tipo de corriente doctrinal que se sigue depende, en alguna medida, del tipo de hombre que se sea. Es obvio que el método adoptado por cada autor relevante depende de los maestros que la ilustraron, de sus inclinaciones políticosociales y de su concepción del mundo y de la vida.

V. DERECHO CONSTITUCIONAL Y MÉTODO JURÍDICO

Sobre el método para *construir*, y explicar, el Derecho constitucional las referencias en los tratados y manuales, cuando aquellos lo contemplan, son escasas y a veces triviales, a diferencia de lo que ocurre en Filosofía del derecho y en la Teoría del mismo. Se afirma que el Derecho constitucional es Derecho, evidente obviedad, pero no se dice en qué consiste ese Derecho, porque el formalismo normativista lo desencializa. El Derecho es pura normatividad, las vertientes iusnaturalistas se descuidan, su condicionamiento social se excluye y su justificación valorativa se olvida. Así, estas elaboraciones son una cobertura, más o menos hipócritas, de realidades prepotentes de índole económica y político-social.

Así, el Derecho constitucional positivista y neopositivista enmascaran relaciones de dominación, de enajenación y opresión, olvidando que el Derecho político-constitucional tiene como misión reconocer y asegurar la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político poniéndose al servicio del hombre y de los derechos inviolables que le son inherentes como fundamento del orden político y la paz social. Por eso, la impresionante construcción metodológica de la teoría pura del derecho se forjó, en gran parte, durante la República de Weimar, época

turbulenta. La magna contribución kelseniana evidencia que cuadra mejor con tiempos *tranquilos* y no en momentos de dura y permanente excepcionalidad. No es menester subrayar que las obras del *otro Kelsen* sobre temas políticosociales, históricos, antropológicos y filosóficos-teológicos no se tengan en cuenta. ¿Acaso son una réplica a su metodología pura?

En Italia, desde Orlando, y con su dilecto discípulo Romano, se estableció hasta hoy el llamado *método técnico jurídico*, calificación obvia. No obstante, en Mortati (Constitución en sentido material), en Crisafulli (Teoría del *indirizzo politico*), en Zagrebelski, en Vergottini con su trabajo sobre la oposición política y en otro, recentísimo, sobre las transiciones políticas, se advierte la relevancia que se da a los factores políticosociales. Es menester no huir de la situación real existente. Es decir, el Derecho constitucional está condicionado por las transformaciones drásticas de nuestros días. La Constitución es un sismógrafo que detecta, inmediatamente, los profundos e intensos cambios sociopolíticos. El recto entendimiento del Derecho constitucional exige que responda, adecuadamente, a los desafíos de nuestra época. De lo contrario la Constitución, y su correspondiente estudio, se convertirían en una máscara que si se pone dificulta la visión completa de la realidad y si se quita comprobará su desajuste con esa realidad. La persistencia en el enmascaramiento o el disimulo, son suicidas.

Se me objetará que reproduzco la conocida tesis de Lasalle sobre la esencia de la Constitución cuyos traductores, por razones publicitarias, la titularon con la pregunta que el jurista y político germano planteó ¿Qué es una Constitución?

Precisemos: Claro está que su conferencia trató de desenmascarar la situación políticosocial de Prusia en 1862. Influyó en Jellinek y en Loewenstein en su clasificación de las Constituciones.

Una cosa es que yo sostenga que toda Constitución es política, afirmación que adolece de obviedad, otra que toda Constitución escrita es una expresión ideológica inspirada en valores, sobre el modo de organizar y ejercer el poder político en una sociedad, mediante el reconocimiento y resguardo de la dignidad humana y de sus correspondientes derechos. No admito la objeción de mezcolanza enciclopédica de diversas cuestiones. Me adhiero a lo que hace tiempo mantuvo Jellinek: «Siempre he sostenido –decía– la separación metodológica y la unión científica entre el Derecho constitucional y la política».

VI. ¿DERECHO POLÍTICO O DERECHO CONSTITUCIONAL?

Me interesa subrayar que fui el primero que defendí, (y sigo en esa posición) la denominación Derecho político. Por varias razones:

a) Por respeto a la tradición española. Es una expresión adoptada en varias Universidades iberoamericanas. En Francia se siguen los términos *Droit constitutionnel et institutions politiques* incluso *Droit constitutionnel et Science politique*, en Alemania, aparte de la denominación *Verfassungsrecht*, se usa *Staatsrecht* como es bien sabido.

b) Porque así se tienen en cuenta los factores políticos que condicionan la normatividad constitucional.

Para no extenderme demasiado, por oportuna indicación de mi estimado colega Óscar Alzaga, he omitido las referencias bibliográficas que se oponen a o comparten (algunas con matices) mi posición. Insisto que es una cuestión recurrente, aún más: candente.

Finalmente, otra observación: al explicar la asignatura Derecho constitucional, se comprueba la ignorancia de conocimientos básicos de los alumnos de autores como Maquiavelo, Bodino, Hobbes, Montesquieu, Rousseau, etc. ¿Cómo tratar temas como Estado - Soberanía - separación de poderes - contrato social sin tenerlos en cuenta?

Es imprescindible estudiar, en primer curso, Teoría del Estado para luego entender el Derecho Constitucional español y comparado.

Estas reflexiones no pretenden atacar a los colegas que no coinciden con mis convicciones –sistematizadas y expuestas desde mi juventud hasta nuestros días–. Respeto las opiniones contrarias. Incluso admito que se me califique de *heterodoxo*. Pero como bien dijo un gran santo: *Oportet esse haereses* para que resplandezca la verdad. Ahora bien ¿qué es y dónde está la ortodoxia?

EL ESTADO SOCIAL COMO ESTADO AUTONÓMICO*

JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Lo primero que habría que señalar al plantearse el tema propuesto sobre el Estado social autonómico es la perspectiva desde la que se va a abordar la cuestión, que es la constitucionalista, esto es un prisma jurídico, por tanto normativo, pero lindante también con la Teoría política y la Teoría del Estado; y un enfoque asimismo un tanto generalista: los constitucionalistas se ocupan de las *bases*, de las decisiones fundamentales, del sistema jurídico político ya se esté hablando de instituciones o incluso se aborde un caso o conflicto determinado, que entonces se tiende a contemplar desde la óptica y exigencias del conjunto.

Pues bien, desde este punto de vista, lo que hay que decir es que el la participación o la actuación social de las comunidades autónomas plantea muchas cuestiones de carácter constitucional, que tienen que ver sobre todo con una problemática muy importante en el Estado autonómico: me refiero naturalmente al respeto del principio de igualdad, se tenga en cuenta el plano general, institucional, del Estado o el plano de los derechos de los ciudadanos, preferentemente sus derechos sociales. Estoy hablando, entonces, del Estado autonómico como Estado al que habrá que exigirle una cierta homogeneidad estructural o institucional, de modo que sus integrantes sean capaces, a través de su correspondiente equipación competencial, de desempeñar determinadas funciones de intervención, y los

* Se trata de la contribución del autor al Libro Homenaje al prof. LUCAS VERDÚ, en curso de publicación.

ciudadanos respectivos puedan disfrutar de determinadas prestaciones con independencia del lugar en el que residan. Estos aspectos de la vigencia en el Estado autonómico del principio de igualdad, y su compatibilidad con el de autonomía, serán quizás las principales cuestiones a tratar, pero hay naturalmente otros muchos aspectos, en primer lugar los referentes a los títulos de la actuación social de las Comunidades autónomas, ya nos movamos en el plano de la delimitación concreta de potestades o nos refiramos al propio anclaje constitucional y estatutario de tales poderes, abordando por tanto el entendimiento de la misma cláusula de la estatalidad social de acuerdo con su reconocimiento en la Constitución y los estatutos.

Intentaré, con toda la coherencia de que sea capaz, plantearme sucesivamente algunos de estos temas, desbrozando su problemática y ofreciendo, en la medida de mis posibilidades, soluciones o, más modestamente, «salidas» a estas cuestiones.

II. EL ENTENDIMIENTO DE LA ESTATALIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN Y LOS ESTUTOS DE AUTONOMÍA

El primer problema se refiere a la delimitación del alcance de la propia cláusula definitoria de nuestra Constitución, según la cual España es un Estado precisamente *social*, además de de *derecho y democrático*. Evidentemente se trata de una definición, en relación en el caso de la determinación social, sobre todo, de objetivos (la exigencia de que España sea democrática tiene implicaciones institucionales y funcionales, y lo mismo puede decirse de la calificación de España como Estado de derecho: el derecho constituye el Estado, en el sentido de que sus órganos son creados por el derecho y en el sentido de que los mismos en su actuación están vinculados al mismo, pues sus poderes han de actuar de acuerdo a sus competencias jurídicamente establecidas y con respeto al ordenamiento¹). En el caso de la determinación social, la cláusula apunta más a un criterio de actividad: lo que caracteriza a una administración prestacional no son sus estructuras, sino sobre todo sus funciones.

Se trata además de unas funciones cuya realización, como se ha apuntado por el profesor Aragón², depende en buena manera de criterios ideológicos, lo cual evidentemente no se produce, por lo menos en tal grado, en el caso de las otras determinaciones. Así, y aunque las cosas son algo más complicadas, el *Estado de derecho* no se realiza especialmente por una determinada formación política concreta, pues el Estado de derecho se respeta o no se respeta, pero no cabe una actuación mayor o menor del mismo, un mayor apego «jurídico» de unas u otras fuerzas políticas, de modo que el significado de esta fórmula es predominantemente técnico.

1. P. LUCAS VERDÚ, *La lucha por el Estado de derecho*, Bolonia 1975.

2. M. ARAGÓN, «Los problemas del Estado social» en *Libertades económicas y Estado social*, Madrid 1995.

También puede aceptarse en principio lo mismo de la *fórmula democrática*, que cada vez tiene más un significado procedimental: la democracia es aceptación de determinadas reglas para adoptar decisiones. Evidentemente el admitir que lo que conviene a la comunidad se determina democráticamente es una cuestión de procedimiento descansa en determinadas bases, filosóficas o culturales, éstas sí verdaderamente materiales: así un juicio positivo sobre la capacidad intelectual y moral de todos los ciudadanos; la afirmación de su sustancial igualdad, de modo que no quepa otro gobierno que el consentido y limitado, temporal y competencialmente, etc.; un cierto relativismo ideológico, de modo que no se acepten títulos sustancialmente preferentes de determinadas ideologías o programas, etc.³

En el caso de la fórmula *Estado social* la indeterminación es mayor y la remisión de la misma, o su especificación, por criterios ideológicos mucho más inevitable que en los supuestos anteriores: aquí sí que verdaderamente son posibles diferentes realizaciones de la estatalidad social, de acuerdo con las diversas orientaciones ideológicas, por lo que caben en efecto diversas direcciones o intervenciones en el proceso social (que es a lo que nos remite la idea del Estado social o interventor, una forma política que cree en su función estructurante respecto del proceso social, que no se inhibe ante la marcha de la sociedad civil ni ante la fortuna de los ciudadanos, como si se aceptase que la consecución de la felicidad, en la medida en que fuese posible en este mundo, consistiese en una cuestión meramente privada).

Sin embargo sobre esta especificación meramente ideológica de la fórmula social del Estado hay que decir algunas cosas. En primer lugar que la misma no es libre: esto es, se trata de una decisión, como veremos, del constituyente, y por tanto determinadora de una vinculación jurídica que obliga ya a los poderes públicos, y que define e informa necesariamente a todo nuestro ordenamiento; por lo demás es un hecho que no hay ninguna fuerza política que renuncie a intervenir en la marcha de la sociedad: de modo que ningún orden político puede inhibirse de su actuación en la sociedad, ni en efecto ninguna fuerza concreta renuncia a tal intervención. Y, además, el posible significado ideológico de la cláusula de la estatalidad social se encuentra reducido por las exigencias de los otros términos definitorios de la forma política: la actuación social del Estado no puede llevarse a cabo ignorando las exigencias de las otras definiciones del mismo, de modo que la intervención ha de consistir en actuaciones acordadas o controladas democráticamente y con una observancia plena de las garantías del Estado de derecho.

Pero la fijación del alcance de la fórmula calificatoria del Estado social requiere además de otras dos consideraciones. Me refiero primeramente al hecho de que estamos ante *una cláusula definitoria* y, después, a que hemos de apreciar hasta qué punto la misma, expresada en términos globales, abarca a las Comunidades autónomas, porque en efecto es el Estado en su conjunto y no sus componentes o el conjunto en relación con algún aspecto el calificado como social.

3. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1984, pp. 55 y ss.

Como se sabe *las cláusulas definitorias* son normas de estructura principal, muy útiles para la interpretación de aquellas figuras o conjuntos normativos a que se refieren y porque, asimismo, permiten determinados desarrollos institucionales. Su comprensión depende de las propias normas que las especifican en la Constitución y de aquellas referencias doctrinales llevadas a cabo por la Teoría constitucional; las cláusulas definitorias no habilitan a la integración constitucional sin más de construcciones hechas por la doctrina, así por ejemplo una cláusula como la que define a nuestra forma política —y nos ocupamos ahora exclusivamente de las cláusulas constitucionales generales, sean las que fijan la forma de estado o la forma de gobierno, y no las que afectan simplemente a una institución— estableciendo la monarquía o el sistema parlamentario no incorpora constitucionalmente un modelo intemporal y meramente abstracto de Jefatura del Estado, a saber la que se ocupa por herencia y de modo vitalicio, esto es la monarquía, o un determinado sistema de relaciones entre el gobierno y el parlamento, esto es el régimen parlamentario, pero hacen posible utilizar las construcciones de la teoría para una comprensión adecuada de las instituciones en cuestión, sirviendo asimismo eventualmente para resolver problemas de lagunas u omisiones en la regulación de dichas instituciones, a rellenar entonces, ante el silencio del constituyente, por las previsiones del modelo.

Así las cláusulas constitucionales de las que estamos hablando, las cláusulas definitorias, muestran *la apertura* de la Constitución: en este caso concreto se trata de conceptos que quedan normativizados, a partir de su integración constitucional, ahora bien exclusivamente en los términos de su especificación en la Norma Fundamental y en compatibilidad con las otras decisiones también tomadas por el constituyente y que se concretan en determinados preceptos de tal rango⁴.

Quiere esto decir que las definiciones normativizan determinados conceptos, objeto de desarrollo o construcción en la Teoría constitucional, política, etc. Es decir, el constituyente quiere que el Estado sea *un Estado social*, de acuerdo con lo que esta expresión significa convencionalmente en las ciencias sociales, pero en los términos de la propia Constitución y de acuerdo con otras decisiones tomadas por el constituyente. De modo que el significado de la cláusula de la estatalidad se averigua a partir de sus concreciones constitucionales, teniendo en cuenta otras decisiones también constitucionales que puedan limitar o condicionar la especificación de la fórmula, y a la vista de lo que el modelo Estado social significa en la cultura jurídica pública de nuestros días.

En segundo lugar conviene captar que la definición de la estatalidad social tiene evidentemente, como la de la condición democrática o de derecho, una *pretensión global*, de modo que la organización o complejo institucional al que la Constitución encarga ese cometido intervencionista, corrector, como se quiere entender la idea de la socialidad, es la organización total del Estado y no

4. J. J. SOLOZÁBAL, «Alcance jurídico de las cláusulas definitorias constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 15. Madrid 1985.

exclusivamente el conjunto institucional del Estado central. Se muestra así, en el Estado autonómico, el carácter total de la Constitución, su condición de verdadera primera Constitución, en un sentido evidentemente no sólo temporal, sino como regulación más alta, anterior y fundante de los diversos ordenamientos territoriales⁵.

Pero lo que ocurre, además, es que muchas de las prestaciones que el Estado realiza llegan a los ciudadanos a través de servicios gestionados por las Comunidades autónomas, de modo que el Estado social así, en la práctica, es verdaderamente el Estado autonómico pues el Estado realiza sus funciones interventoras precisamente a través de las Comunidades autónomas, de modo que, podemos decir, *la veste prestacional del Estado es el Estado autonómico*. Aunque esta afirmación ha de matizarse, pues lo señalado no excluye radicalmente la actividad en este sentido del Estado central: la dotación o la planificación general (normativa) del servicio, también la garantía de su eficacia —implicando cierta actividad de control— podrá ser del Estado central, si bien la titularidad del poder que realiza la prestación, la administración que lo lleva a cabo, será autonómica.

Esta actividad prestacional autonómica constitucionalmente plantea diversos problemas: *en un terreno práctico*, normativo, el problema será el de la averiguación del título competencial que sirve de base a la actuación prestacional de la Comunidad autónoma: sanidad, educación, cultura, etc., son ámbitos materiales en los que al Estado central sólo le queda la regulación normativa básica, quedando el desarrollo de la misma y, sobre todo, la ejecución en manos de las administraciones autonómicas. *El problema teórico* es el de la afectación de este desapoderamiento competencial del Estado central a su propia definición como tal; y el problema es el de la repercusión de tal merma competencial en la propia legitimación del Estado: un Estado que no actúa, o que lo hace en los términos limitados por el reparto constitucional ¿es *un verdadero Estado*, esto es, una unidad capaz de acción y decisión políticas; y es *un Estado legitimado*, esto es, aceptado por sus ciudadanos en virtud precisamente de sus actuaciones, de su capacidad conductora del proceso social?

Con todo quizá la cuestión ha quedado presentada en unos términos excesivamente dramáticos: sabemos que sigue siendo verdad que no cabe una definición material, sino *modal* de las funciones estatales: es la condición terminante o irresistible lo que sigue definiendo las actividades estatales, no el ámbito a las que éstas puedan referirse o su contenido; y la justificación de la capacidad para imponerse a un poder público, a cualquier poder público (de lo que acabamos de llamar irresistibilidad) en el Estado autonómico, depende de la derivación final de su actuación del orden constitucional, que se refiere a su vez a la voluntad del pueblo español que en ejercicio de su soberanía se ha organizado en Estado, dándose su Constitución. De modo que la Administración autonómica actúa una competencia

5. Véase mi «Estado autonómico y sistema de fuentes a la luz de la jurisprudencia constitucional» en *Las bases constitucionales del Estado autonómico*. Madrid 1998, pp.138 y ss.

que remite, como decimos, al orden constitucional y que verdaderamente queda integrada dentro del Estado compuesto en que tiene lugar y conforme a cuyo ordenamiento complejo se produce. No hay así dualidad política alguna, sino un orden político integrado en dos niveles, respecto de los cuales hay una previsión de actuación coordinada y no opuesta⁶.

Claro que el Estado no es sólo una unidad política propuesta, sobre el plano de su ordenamiento, sino *una unidad capaz* de operar con eficacia y de modo permanente. Esta capacidad operativa del Estado como organización, su aptitud para adoptar decisiones en el proceso social, se resuelve en virtud del reparto competencial en estos campos, que ha dejado muy importantes competencias, sobre todo las que posibilitan una política social, esto es las decisiones sobre la política económica, tributaria, financiera, etc., en manos del Estado central, al que corresponde las decisiones básicas –sean de orden normativo o no– y una evidente función de liderazgo, así como una actuación subsidiaria y una actuación de control.

La cuestión de la repercusión en la legitimación del Estado de la actuación casi exclusiva de las funciones sociales por parte de la administración autonómica (insistimos, con independencia del origen de la decisión, la cobertura económica y ciertas competencias de control estatales), aunque desde luego no con el mismo grado de intensidad, no se presenta hoy por primera vez: durante buena parte del siglo XIX muchos servicios sociales se prestan por la administración municipal o –especialmente en el País Vasco– provincial, aunque es cierto que la estatalización de su gestión que se producirá más tarde va a implicar una mejor calidad y su generalización.

Con todo, evidentemente la justificación de una estructura política tiene que ver con la eficacia de sus servicios. Y esto en buena parte ha explicado la persistencia del apego foral en el País Vasco o, quizás especialmente, Navarra: todos recordamos durante el franquismo el mejor cuidado de las carreteras vascas y navarras, que se hacía notar al viajero de modo muy perceptible, y seguramente podría decirse lo mismo en relación con los servicios hospitalarios, etc. Y me parece que esta consideración –que desde luego tiene que ver con la justificación *técnica* de la descentralización, a saber, mayor eficiencia de la administración próxima a los ciudadanos, inmanejabilidad de las grandes organizaciones como consecuencia de las economías de escala– explica, primero, la generalización del modelo autonómico y, después, su irreversibilidad. Pero la legitimación política no está relacionada sólo con un rendimiento material de la estructura sino con un *out put* emocional o sentimiento de identificación de la comunidad con tal estructura, de modo que la legitimación política prevalente es espiritual o afectiva, antes que material o instrumental: esta satisfacción espiritual, derivada de la identificación de la comunidad, en la que tiene lugar nuestra integración política, va más ligada al Estado que a la Comunidad autónoma, aunque evidentemente en el Esta-

6. Véase mi «El Problema de la soberanía en el Estado autonómico» en *Fundamento*, n.º 1. Oviedo 1998.

do autonómico la vinculación política o la lealtad del ciudadano es doble, y en modo alguno despreciable, o de poca importancia, el sentimiento de pertenencia del ciudadano a su Comunidad autónoma, toda vez además que el espacio más obvio e inmediato de integración es el de la propia nacionalidad o región. Lo que señalo es que el referente estatal es más importante desde el punto de vista político, en la medida en que es en este orden político donde se toman las decisiones más importantes para nuestra vida y donde como espacio simbólico, en cuanto colectividad a la que pertenecemos, se produce nuestra identificación en el mundo.

Con todo evidentemente hay un foco de tensión, una potencial pugna de solicitaciones de lealtad que deberá resolverse adecuadamente, no a través de la competencia, sino de la integración de las referencias de legitimidad, de modo que la vinculación política a la Comunidad, que necesita ser suscitada y conservada, no se afirme a costa de la superior lealtad política al Estado.

Quizás conviene aprovechar la ocasión para referirse a la necesidad insoslayable, en el plano de la legitimación, de *compatibilizar las lealtades* en nuestro Estado autonómico, que es un orden al que no sólo caracteriza el ejercicio compartido del poder, entendido como desarrollo de facultades limitadas a cargo de determinados titulares, sino en el que debe ser posible la aceptación simultánea de diversos focos de legitimidad política, ninguno de los cuales puede reclamar una lealtad excluyente, afirmada en cualquier caso a costa de los demás, sino todo lo más una prevalencia en última instancia, por así decir, a operar exclusivamente en casos límite o excepcionales. El aceptarse, como ocurre en nuestro caso, una legitimidad nacionalista del Estado español no equivale a atribuir a la Nación española el monopolio de la lealtad política ni implica una resistencia a compartir vínculos políticos de naturaleza territorial, ya estemos hablando de un espacio de integración superior a la nación –Europa– o inferior a ella –la nacionalidad o Comunidad autónoma–. Como ya hemos señalado en alguna ocasión, aunque la compatibilización de lealtades políticas sea problemática, la misma no está excluida sino, en el terreno de la realidad, más bien requerida.

Antes de pasar al núcleo de esta exposición que se referirá como ya anuncié a la problemática del mantenimiento del principio de igualdad en el Estado autonómico, me gustaría ocuparme de una cuestión si se quiere menor, pero de algún relieve no obstante: se trata de la recepción del principio de la estatalidad social en los Estatutos de autonomía, que se produce, preferentemente, en un tipo de cláusulas, las *directivas*, y que presentan un matiz interesante en relación con las que del mismo carácter contiene la Constitución. Ello además, está en relación con la posición doctrinal de quienes quieren relegar al Estatuto de autonomía a la mera condición de norma de organización de la Comunidad autónoma, frente a quienes opinamos que los Estatutos tienen una cierta significado constitucional⁷, ya que los mismos son manifestación de una cierta potestad constituyente de la

7. J. J. SOLOZÁBAL, Trabajo citado de *Las bases...*

nacionalidad o región, mostrada, es cierto, sobre todo en el hecho de la indisponibilidad del Estatuto sin el consentimiento de la Comunidad respectiva (pues la iniciativa de la reforma del Estatuto corresponde a la Comunidad autónoma, que puede retirar el proyecto en cualquier momento si no estuviera conforme con el mismo), así como en su origen o elaboración⁸. Precisamente esa dimensión constitucional del Estatuto, que además de la vertiente interna al propio ordenamiento territorial, tiene una significación asimismo de ese relieve en relación con el derecho del Estado, cuyas competencias, en virtud de la cláusula de supletoriedad o prevalencia, se determinan finalmente en los casos límites a partir del Estatuto, se muestra en la propia estructura normativa del Estatuto que albergaría, predominantemente, normas organizativas y competenciales pero también algunas normas de las que convencionalmente se suelen incluir en la parte dogmática de la Constitución. En efecto así los Estatutos tendrían lo que específicamente se llaman *normas prescriptivas*, pues aunque no hay derechos fundamentales estatutarios, sí hay determinaciones de este tipo que concretan o especifican ciertos derechos constitucionales, especialmente en el caso de los derechos políticos, los derechos de configuración legal, etc.

En la parte, por decirlo así, dogmática habría que incluir ese tipo de cláusulas de las que hablábamos antes y que matizan de modo interesante su significado constitucional originario.

Las *cláusulas directivas* son aquéllas que señalan objetivos a los poderes públicos o criterios de actuación de los órganos estatales: son cláusulas constitucionales especialmente indeterminadas, de carácter más promocional que prescriptivo y que incorporan por tanto más principios que reglas. Típicos ejemplos en la Constitución pueden ser el artículo 9.2.º, o cláusula de transformación, y diversos preceptos del capítulo 3.º, así el artículo 40 cuando compromete a los poderes públicos a una política de pleno empleo o el artículo 44 en el que se prescribe una política científica en beneficio del interés general. En realidad se trata de afirmaciones constitucionales que justifican determinadas políticas de consecución de sus objetivos pero que abren diferentes –no sólo en intensidad sino en su propia orientación– actuaciones gubernamentales.

En los Estatutos de autonomía encontramos este tipo de preceptos que especifican los propósitos promocionales constitucionales, acomodándolos a la experiencia histórica de la Comunidad respectiva, su realidad sociológica o su propia idiosincrasia, rebajando la indeterminación de aquéllas y estableciendo un nivel intermedio entre la generalidad de las normas constitucionales de este tipo y la concreción de la articulación de un programa de gobierno. Así cuando el artículo 12 del *Estatuto de Andalucía* encomienda a los poderes públicos un cuidado especial de la emigración, la consecución de un eficaz sistema de comunicaciones o la realización de una reforma agraria integral, y en parecidos términos el artículo 4 del *Estatuto de Castilla la Mancha*.

8. M. ARAGÓN, voz «Reforma de los Estatutos de Autonomía», *Enciclopedia Jurídica Civitas*, Madrid, 1994.

III. LAS EXIGENCIAS DE LA IGUALDAD EN LOS PLANOS INDIVIDUAL E INSTITUCIONAL EN EL ESTADO AUTONÓMICO: IGUALDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES.
 LOS DERECHOS SOCIALES COMO (POSIBLES) DERECHOS FUNDAMENTALES.
 TÍTULOS COMPETENCIALES NORMATIVOS DEL ESTADO SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES: LA COMPRENSIÓN ADECUADA DEL ARTÍCULO 149.1.1.⁹

Pero, como ya he manifestado en diversas ocasiones, el problema más importante que se plantea en nuestro sistema autonómico desde el punto de vista de la estatalidad social se refiere a las exigencias del principio de igualdad⁹, al que desde el punto de vista institucional, entendido como homogeneidad, o individual, entendido como status jurídico de los ciudadanos, hay que dotar de un significado mínimo, si queremos considerar al Estado autonómico —en cuanto verdadero Estado— como un auténtico conjunto institucional y como una comunidad jurídica de iguales; pero al mismo tiempo sin olvidar que el principio de autonomía supone una libertad de actuación de los órganos autonómicos, también normativa, que ha de generar una necesaria desigualdad jurídica en los ciudadanos españoles, según la Comunidad autónoma en que residan.

El juego de los dos planos de la igualdad en el Estado autonómico está muy imbricado: en efecto la desigualdad individual en la situación de los ciudadanos puede proceder de un diferente equipamiento competencial de los órganos de las Comunidades autónomas, de manera que la desigualdad jurídica de los españoles depende de la falta de homogeneidad institucional de las Comunidades autónomas. En cualquier caso hay que decir que la igualdad —institucional o individual— en el Estado autonómico no puede equivaler a uniformidad: el Estado que mejor reconoce la igualdad no es el Estado descentralizado sino el Estado centralista y, si se apura el argumento, incluso el Estado centralista autoritario en el que la equiparación de los individuos se consigue al máximo, al quedar todos desprotegidos e igualmente sometidos al capricho del tirano y en donde las especificidades territoriales, del grado que sean (cultural, jurídica, etc.) quedan asimismo suprimidas o son irrelevantes políticamente. En un Estado descentralizado la igualdad ha de consistir en el mantenimiento de unos criterios de homogeneidad institucional básicos y en la exigencia de que todos los ciudadanos compartan el mismo status jurídico elemental.

Me parece que es desde este plano de la igualdad de los derechos, desde la igualdad de posiciones jurídicas básicas, como ha dicho el Tribunal Constitucional, de donde hay que partir para situar correctamente el problema que nos ocupa; y desde este plano acabar en el problema del equipamiento competencial de las Comunidades autónomas y el respeto de la exigencia de la homogeneidad.

9. Sobre la igualdad como principio y como derecho, véase F. RUBIO, *Voz «Igualdad»* en *Enciclopedia Jurídica Civitas*, Madrid 1995; J. JIMÉNEZ CAMPO, «La igualdad jurídica como límite frente al legislador» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 9. Madrid 1983 y; J. M. BILBAO y F. FREY, «Veinte años de Jurisprudencia sobre la igualdad constitucional» en *La Constitución y la Práctica del Derecho*, tomo 1, edición de M. ARAGÓN y J. MARTÍNEZ-SIMANCAS.

Mi tesis es en efecto que el Estado constitucional –cualquiera, por tanto también el Estado autonómico– es una *comunidad jurídica de iguales*, frente a otras formas políticas anteriores que podían afirmarse sobre el privilegio, la desigualdad sustancial política y no en la idea revolucionaria de la igualdad ante la ley; que esta igualdad jurídica se produce antes que nada en relación con los derechos básicos o más importantes de los ciudadanos, que son justamente los llamados derechos fundamentales, en razón de su vinculación con la dignidad de la persona, de modo que el desarrollo cabal de la misma no es posible sin su reconocimiento o ejercicio, y por su indispensabilidad en la comunidad política, pues la democracia y la participación no son posibles sin ellos; y que entre estos derechos fundamentales están los derechos llamados sociales, en los que se muestra precisamente la estatalidad social del Estado de que venimos hablando, por lo que, de acuerdo con lo señalado, los españoles disfrutaban, en su régimen básico y general, de los mismos derechos sociales, en cuanto derechos fundamentales, con independencia de la Comunidad autónoma a que pertenezcan¹⁰.

Parece que no es difícil el acuerdo sobre el hecho de que los derechos fundamentales serán ese, por decirlo así, núcleo básico del *status* de los españoles con independencia del territorio en el que vivan y que operarían también como factor de homogeneización de todo el sistema jurídico, en la medida en que aparecería como el contenido constante y el límite insuperable a la variedad jurídica deducida del pluralismo territorial. Sin embargo sería incompatible con el ejercicio de la autonomía política excluir de las competencias de las Comunidades autónomas cualquier facultad normadora sobre esta materia. Los derechos fundamentales, por tanto, no se encuentran *reservados* al legislador estatal, aunque la intervención normadora de las Comunidades autónomas, que el Tribunal Constitucional ha admitido desde la *sentencia* 37/1981, sobre no ser propiamente configuradora, esto es no puede tratarse de una actuación *ex Constitutione artículo 81*, tampoco puede referirse a la regulación de las condiciones básicas –aseguradoras de la igualdad– del ejercicio de los derechos fundamentales, que corresponde verificar, artículo 149.1.1.º, exclusivamente al legislador estatal.

Esa es la conclusión a que llegará nuestro Tribunal Constitucional tras un primer momento, en el que aplicando un tanto toscamente una teoría objetiva de los derechos fundamentales, excluía competencia legislativa alguna de las Comunidades autónomas en esta materia, afirmando la invariabilidad territorial de aquellos en cuanto elemento primordial de la unidad política. Los derechos fundamentales son la base «del estatus jurídico unitario para todos los españoles» y por tanto no se encuentran afectados «por la estructura federal, regional o autonómica del Estado» (STC 25/1881).

Esta tesis, mantenida en una sentencia muy centralista en la que se interpreta muy restrictiva, y discutiblemente, la legitimación en el recurso de inconstitucionalidad de las Comunidades autónomas, es objeto de matización en la STC 37/1981

10. Véase mi trabajo «Los principios de igualdad y simetría en el debate constitucional sobre el Estado autonómico» en *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, Madrid 1998, pp. 11 y ss.

sobre la Ley Vasca de Contratación de cargas donde se afirma que en un Estado de estructura compuesta «puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las diversas partes del territorio nacional». Si bien es verdad que esta diversidad se da dentro de la unidad, y que, por consiguiente, la potestad legislativa de las Comunidades autónomas no puede regular las condiciones básicas del ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado». Posición reiterada en la importante *STC 37/1987* de 26 de marzo sobre la ley de Reforma Agraria andaluza donde se abunda en la línea jurisprudencial inmediatamente referida, afirmándose, en la tesis de la compatibilización entre autonomía e igualdad, que ésta no se puede entender como uniformidad jurídica o igualdad a ultranza. La igualdad, en el Estado autonómico, lo es de posiciones jurídicas fundamentales, de manera que el régimen básico de un derecho será el mismo en todo el territorio nacional y ello queda asegurado por la competencia estatal sobre la materia: en el caso de las facultades expropiatorias la regulación de su dimensión individual corresponde al Estado y la de su dimensión social o aspectos institucionales, así el establecimiento de su *causa expropriandi*, a la Comunidad autónoma.

Alguna dificultad superior plantea la aceptación de mi segunda tesis según la cual los derechos fundamentales que, sin demérito de su especificación normativa y de la gestión de los servicios a que su prestación de lugar pueda hacer la Comunidad autónoma, han de ser sustancialmente los mismos en todo el territorio nacional, incluyen también a los derechos sociales, porque en la doctrina se suele negar la condición de fundamentales a los derechos sociales de que estamos hablando, alegando su no eficacia inmediata, de modo que *ex constitutione* no pueden reclamarse directamente ante los tribunales, ni corresponderles la garantía de los verdaderos (si no se insistiese en reservar la condición de derechos fundamentales exclusivamente para los derechos cubiertos con la protección jurisdiccional especial en la vía ordinaria o el amparo ante el Tribunal Constitucional) derechos fundamentales que son los del capítulo 2.º, a saber, la indisponibilidad de su contenido esencial frente al legislador.

Vayamos por partes. En relación con la falta de protección jurisdiccional de los derechos sociales, su no alegabilidad directa ante los tribunales no ha de hacer olvidar que la conculcación los derechos fundamentales de que estamos hablando puede dar lugar a la declaración –jurisdiccional– de inconstitucionalidad de la norma que los desarrolle, y que los mismos han de informar la actuación judicial (como ocurre con la de los demás poderes públicos) como exige el artículo 53 en relación con los derechos del capítulo tercero de la Constitución. La tesis, en segundo lugar, de la no garantía del contenido esencial de estos derechos respecto del legislador frente a lo que ocurre con todos los derechos del capítulo 2.º (volvemos a reiterar que los derechos fundamentales de que estamos hablando o derechos sociales se encuentran en el capítulo 3.º) parte de una posición doctrinal que no comparto, a saber la atribución de un carácter constitutivo a la cláusula del artículo 53 que impone el respeto del contenido esencial del derecho al legislador. A mi juicio la indisponibilidad del contenido esencial del derecho para el legislador se desprende de la posición constitucional de éste y no, innovativamente, de un

mandato constitucional explícito. Creo, en efecto que es muy difícil sostener que el mandato del respeto del contenido esencial añade algo a la prohibición implícita en la misma idea normativa de Constitución de una actuación desfiguradora del legislador en relación con ninguna decisión constitucional, tampoco posible por tanto en materia de derechos fundamentales. Así, si el límite del contenido esencial afecta a otras figuras que no son derechos fundamentales, se trate de derechos simplemente constitucionales o categorías como la de garantía institucional, ese límite existirá también en relación con los derechos (para mí, en principio, fundamentales) sociales. Baso en efecto la fundamentalidad de estos derechos, además de la cobertura que les pueda dar el epígrafe general del título I en el que quedan incluidos, cuya rúbrica es precisamente la de «De los derechos y deberes fundamentales», en un criterio material a que me he referido en algunas ocasiones¹¹.

Creo que los derechos constitucionales no deben su fundamentalidad al nivel de su eficacia o a su protección institucional o procesal, pues estos aspectos de los derechos fundamentales no son la causa de su valía, sino sólo el exponente de la misma. Así los derechos fundamentales se protegen por su importancia, pero, obviamente, no deben su importancia a su protección.

La vinculación que nosotros establecemos entre las prestaciones sociales en las que se manifiesta la estatalidad social, esto es los derechos sociales o los derechos de prestación, y los derechos fundamentales (derivada de la imprescindibilidad de los mismos, al menos para grandes sectores de la población, para llevar una vida digna o poderse desarrollar cabalmente como personas) conduce a una verdadera integración de los derechos sociales —en la medida que lo permita la estructura normativa de las cláusulas en que se reconozcan— en la categoría de los derechos fundamentales. Ciertamente la eficacia o su protección jurídica no es la misma en todos los derechos fundamentales, pues al menos de partida y en razón de su propia condición los derechos sociales han de depender, necesariamente, en su protección antes del legislador y de la administración que del juez, aceptando que su especificación y garantía no es preferentemente jurisdiccional, entre otras cosas para impedir al juez adoptar funciones de distribución que no suponen un ejercicio de jurisdicción sino que denotarían un poder político que un órgano judicial ni tiene ni conviene que tenga en un Estado de derecho en el que ha de impedirse a la jurisdicción el desempeño de una función que no sea de mera aplicación de la ley. El caso es que la fundamentalidad de los derechos sociales tiene un importante significado en relación con la garantía de estos derechos y la propia actuación, normativa o no, de las Comunidades autónomas respecto de los mismos.

En efecto los derechos sociales (o los derechos a determinadas prestaciones, como la educación, la salud, la vivienda, la asistencia social, etc.) se derivan de su condición de derechos fundamentales, cuya garantía es la razón de ser de la Constitución. Por ello el título primero de su reclamación no deriva del apoderamiento

11. Así, «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 71, *Principialismo y orden constitucional*, Working Papers n.º 155, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona 1998.

competencial al respecto sino de la integración de estos derechos –vuelvo a repetir, si lo permite su estructura normativa¹²– en el *status* jurídico básico que la Constitución garantiza: el apoderamiento competencial de los servicios de prestación de estos derechos sólo se explica como un modo de incrementar su eficacia, respecto de su rendimiento, en el marco de las habilitaciones constitucional y estatutaria.

Podemos entonces saltar desde el plano individual al plano institucional: *la homogeneidad institucional* del Estado autonómico exige entender éste como un conjunto de poderes públicos obediente en su estructura total a los mismos criterios de configuración, de modo que las organizaciones autonómicas sean sustancialmente iguales y tengan también asimismo las mismas competencias. En efecto no hay que olvidar que la desigualdad (no básica) en la posición jurídica de los ciudadanos según su Comunidad autónoma deriva del ejercicio por parte de las mismas de su respectiva capacidad competencial, determinada, dentro de los márgenes correctos, por el principio dispositivo. «El principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aun, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuando y cómo ejercer su propias competencias en el marco de la Constitución y del Estatuto» (STC 37/1987). Sin embargo es importante saber en relación con el elenco competencial de que disponen todas las Comunidades que no son posibles distinciones de orden cualitativo entre ellas de modo que unas dispongan de un tipo de intervención sobre su ámbito material de que carezcan las demás –sin que cupiese diferenciar al respecto entre descentralización administrativa y política– y que los distintos espacios competenciales o materias a que alcancen las facultades de

12. Insisto en que, a mi juicio, el principal problema de los derechos sociales para afirmar su fundamentalidad es el de saber si su misma estructura normativa –de acuerdo con las cláusulas en que se verifica su reconocimiento– permite hablar de verdaderos derechos. Digamos en relación próxima con esta cuestión dos palabras.

Primero que la condición principialista de los preceptos del capítulo 3.º es muy clara, de modo que a veces es evidente que nos encontramos ante normas exclusivamente programáticas –no porque no obliguen a los poderes públicos, sino justamente porque no hacen más que esto, esto es no atribuyen ya, desde ellas mismas, derechos a los ciudadanos–; pero sin olvidar que el principialismo de las cláusulas prescriptivas es inherente a todas ellas aunque en grado diferente (desde este punto de vista no es mucho más concreto el derecho a la educación del art. 27 que el de la protección a la salud del art. 43, dependientes ambos de una especificación de sus facultades y de la organización de un servicio público que los garantice), pues con independencia de su aplicación inmediata, todos los derechos fundamentales –o casi– necesitan, finalmente de configuración legal. Esta dependencia legal no puede hacer olvidar que en cualquier caso estamos ante derechos fundamentales constitucionales, aunque necesitados de regulación legal. Tal raíz constitucional es obvia asimismo en el caso de los derechos sociales: de modo que hay un derecho o un principio –entendido como línea de actuación u orientación propuesta a los poderes públicos– establecido ya por el constituyente, y no una simple deferencia al respecto en blanco de la Constitución al legislador.

De otro lado, y en relación con la protección jurisdiccional del amparo, no disponible evidentemente en el caso de los derechos sociales, no hay que olvidar las posibilidades de acceso al mismo a través del artículo 14, que garantiza dicha vía de protección para aquellas lesiones materiales de este tipo de derechos que supongan discriminación.

las Comunidades autónomas no pueden generar, según sabemos, diferencias sustanciales en los derechos de los ciudadanos.

La construcción que hacemos del principio de homogeneidad institucional según el de igualdad de los ciudadanos no permite a mi juicio hablar de verdadera discriminación exclusivamente cuando se constate que en una Comunidad un servicio, frente a otra Comunidad, no funciona descentralizadamente (con independencia de que esas diferencias adquieran relevancia desde un punto de vista político, especialmente si se diesen desniveles evidentes entre unas Comunidades autónomas y otras, y de que haya legítimos intereses en la clase política de las Comunidades autónomas en asumir tantas competencias como constitucionalmente sea posible para ampliar las dimensiones del aparato burocrático y las oportunidades de presencia y control políticos correspondientes).

Por ello sería conveniente hacer frente a la idea de que la no disposición de un servicio cuyo funcionamiento se realiza de modo descentralizado en alguna Comunidad autónoma es indicador *per se* de una discriminación territorial y constituye un agravio comparativo; ello sólo ocurrirá verdaderamente cuando se muestre, de un lado, que el nivel de su prestación, o las condiciones de su ejercicio, excluyendo por ejemplo, cuando ello sea procedente, la participación de los ciudadanos en su gestión, es efectivamente inferior al que alcanza en la Comunidad autónoma que lo desempeña como competencia propia, o que el mismo afecta al equipamiento competencial esencial de una Comunidad. Piénsese por ejemplo en el caso de las competencias sobre Universidades. Afirmar que la no disposición de competencia en esta materia constituye una infracción del principio de igualdad exigiría probar, primero, que el nivel de la calidad de la enseñanza universitaria depende de su gestión descentralizada y segundo que dicha competencia forma parte del equipamiento de atribuciones irrenunciables de cualquier Comunidad autónoma, afirmando un lazo inexcusable entre la misma noción de autonomía política y de la disposición de competencias en este terreno de nuestros entes territoriales.

Pero esta concepción que vincula a las prestaciones sociales con los derechos fundamentales explica *los títulos del Estado en su establecimiento y en la garantía de un nivel mínimo de los mismos en todo el territorio nacional*. Esas intervenciones del Estado en materia de derechos sociales han de referirse en primer lugar al *plano normativo*. Ahora bien, la competencia del Estado en este plano no procede de un título específico para el desarrollo de los derechos, esto es una labor normativa configuradora de especificación de las facultades y las pretensiones en que tales derechos sociales consistan, y que se da exclusivamente en el caso de los derechos fundamentales del capítulo 2.º, de acuerdo con el artículo 81, y que se lleva a cabo mediante Ley Orgánica¹³, sino de la habilitación al efecto que pueda

13. No pasamos por alto la justificación política de este tipo de normas de titularidad exclusivamente estatal: prolongar la actuación semiconstituyente, atribuyendo una rigidez de rango a la regulación de determinadas materias, como son los derechos fundamentales, de evidente importancia política, que no sólo encarece la consecución del consenso en su aprobación, sino que, a la vista asimismo de las exigencias para su reforma —consecución como en la aprobación de la ley de la

existir en el título VIII –cláusulas competenciales de los arts. 148 y 149, y de la competencia normativa que asegura, según el art. 149.1.1.º, el disfrute en igualdad de condiciones de todos los derechos constitucionales– también de los derechos sociales fundamentales, esto es, como ya hemos dicho, los reconocidos constitucionalmente con la estructura normativa pertinente, en cuanto derechos subjetivos, en el capítulo 3.º, pues en tal caso no nos encontramos ante meros principios de los que únicamente –como ha establecido el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, así *STC 14/1992* o *ATC 241/1985*–, se deduciría un mandato de consecución de objetivos a los poderes públicos, estatales o autonómicos, sino ante verdaderos derechos con base constitucional, cuya regulación corresponde de acuerdo con su habilitación pertinente al Estado o la Comunidad autónoma. En el plano normativo de la regulación de los derechos –esto es, una actuación normadora básica o, más frecuentemente, adjetiva, que no tiene propósitos definitivos, sino de ordenación tuitiva o compatibilizadora de su disfrute, asegurando su acceso simultáneo o en relación con otros derechos o las exigencias de otros bienes también constitucionalmente protegidos– la competencia corresponderá al Estado central y a las Comunidades autónomas.

Al Estado central le corresponde ex artículo 149 una regulación que asegure en todo el territorio el ejercicio del derecho (social) en condiciones de igualdad. Creo que el supuesto del 149.1 no es absorbible en la figura del desarrollo, y así no es, en concreto, un supuesto de desarrollo elemental o normal del artículo 81, sino, más bien, un caso del artículo 53, referido a un aspecto de la regulación a que se refiere el artículo 53, aunque los derechos en cuestión son diferentes (en el art. 53 los derechos fundamentales del capítulo 2.º, en el art. 149.1.1 todo tipo de derechos constitucionales, sean fundamentales, contenidos en el capítulo 2.º o en todo el título I, o no –piénsese por ejemplo en el supuesto de los derechos lingüísticos–).

No me parece tampoco correcta la idea según la cual lo que el artículo 149.1 contendría sería una habilitación o competencia del Estado central para garantizar, en cualquier supuesto, en todo el territorio nacional la eficacia de los derechos fundamentales o constitucionales, pues la previsión del artículo, creo, se refiere exclusivamente, según el tenor literal del precepto a «la regulación» de, se dice textualmente, las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

Obviamente las Comunidades autónomas tienen competencia en la regulación del ejercicio de estos derechos fundamentales, en el desempeño de su potestad legislativa, de acuerdo con sus competencias concretas, y observado ese límite de la vulneración de la igualdad en el disfrute de los derechos de los ciudadanos, especificado, por lo demás, en la prohibición de generar privilegios del artículo 138, etc. En efecto, como ya hemos señalado, los derechos fundamentales no se

mayoría absoluta en el Congreso– garantiza una cierta irreversibilidad a la regulación normativa que lleva a cabo.

encuentran reservados al legislador estatal, aunque la normación autonómica tenga los límites a que ya nos hemos referido.

IV. ACTUACIONES NO NORMATIVAS DEL ESTADO AFECTANTES A LOS DERECHOS Y PRESTACIONES SOCIALES: A) EL FONDO DE COMPENSACIÓN INTERTERRITORIAL. B) LAS INFRACCIONES LINGÜÍSTICAS COMO ORIGEN DE VULNERACIONES DE LOS DERECHOS SOCIALES.

El compromiso del Estado central en relación con el aseguramiento de las prestaciones sociales a través de las cuales se ejercen los derechos fundamentales de prestación *no se agota en su actuación normadora*. La obligación del Estado en relación con la suerte de estos derechos, de modo que los servicios que los provean en todo el territorio se presten adecuadamente, respetando un *canon* de homogeneidad compartido, sin lo cual la igualdad sería meramente nominal, en el plano de su anclaje constitucional puede deducirse de algunas previsiones expresas de la propia Constitución, así el principio de la solidaridad, o esa misma interpretación a que nosotros nos hemos referido del artículo 149 o de la cláusula de transformación del artículo 9.2 que manifiesta el compromiso de los poderes públicos por hacer efectivas la libertad e igualdad, etc. Nosotros preferimos deducir dicha efectividad del propio carácter normativo de la Constitución, que capta muy bien el *enfoque institucional de los derechos fundamentales* y que insiste, precisamente para verificar la voluntad normativa de la Constitución, esto es para determinar verdaderamente el orden político que establece, que norma, en la suerte de los derechos fundamentales, en su observancia por lo regular en la sociedad; de modo que un orden constitucional no es aquel sistema político que tiene una Constitución, sino que se comporta conforme a lo prescrito por ésta, y los derechos fundamentales no consisten en meras prescripciones, sino en verdaderas *instituciones*, en rasgos efectivos de la vida política de la comunidad, lo que lleva a hacer depender la Constitución de su desarrollo por el legislador que especifica su contenido y dispone de los medios y adopta las medidas organizativas para su disfrute, así como de ciertas condiciones culturales o «espirituales», en suma, de determinada sintonía o «atmósfera» constitucional.

La intervención del Estado en el disfrute efectivo de los derechos fundamentales sociales en todo el territorio debería llevar a un análisis en concreto de la intervención propiamente no normativa del Estado en este terreno. Me referiré para terminar, y antes también de una consideración última que procure justificar el tratamiento aquí observado en el estudio de la temática propuesta, a lo siguiente: el *Fondo de Compensación Interterritorial* es el instrumento a través del cual se trata de garantizar el nivel presupuestario de las Comunidades autónomas para desempeñar en condiciones de igualdad sustancial las actividades prestacionales de las Comunidades autónomas¹⁴. Como se sabe, el Fondo se dota anualmente

14. *Enciclopedia Jurídica Civitas*, voz «Fondo de compensación interterritorial» de M.^a T. SOLER ROCH.

con una cantidad no inferior al 30% de la inversión pública aprobada en los Presupuestos Generales del Estado, concretándose el porcentaje en la Ley de Presupuestos de cada ejercicio. Con independencia de las críticas que al mismo puedan hacerse, como no garantizar un mínimo y no calcularse sino a partir de los gastos destinados a inversiones nuevas (excluyendo del cómputo el importe de la inversión de reposición), el riesgo –sobre todo político– parece ser el que se pueda llegar a concebir como resultado de las aportaciones generosas de las Comunidades autónomas ricas sobre otras subvencionadas, si esta dependencia financiera territorial se impusiera al reducir la capacidad impositiva directa del Estado sobre los ciudadanos, de acuerdo con las exigencias de un sistema tributario justo y progresivo.

En otro orden de cosas la intervención del Estado –básicamente de sus órganos jurisdiccionales– debe apuntar a la *persecución de la discriminación directa o indirecta a los ciudadanos* de otras Comunidades en aquella en que se encuentren, de modo que tales ciudadanos tengan dificultades, directas o no, para la recepción de prestaciones sociales y en general en sus oportunidades vitales. En este sentido, sin duda, el riesgo más importante es el que se genera en las Comunidades bilingües.

El bilingüismo, en cuanto consecuencia de una política de afirmación de las lenguas propias de los pueblos de España, no puede ser considerado sino muy positivamente, y aquí no se trata de señalar las pautas de una adecuada orientación al respecto, delimitando un bilingüismo constitucionalmente correcto, de modo que se evite tanto la consideración del bilingüismo como una situación a consolidar simplemente, exigiendo a los poderes públicos únicamente una adecuación de sus servicios para responder a las demandas de atención lingüística de los ciudadanos, como el entender por una política de bilingüismo la sustitución necesaria de una lengua por otra, causando la marginación de una de ellas de los espacios públicos y relegándola, al menos de momento, a la vida privada: sólo desde una visión esclerótica y esencialista que relaciona apriorísticamente la existencia del pueblo con una lengua exclusiva, puede considerarse el bilingüismo como una mutilación impuesta, y por tanto como situación a superar al recuperar la normalidad. Me refiero a otro aspecto del *bilingüismo*, no como política sino como causa de la privación de una prestación adecuada en una Comunidad de quienes proceden de otra diferente, de modo que los servicios se nieguen de hecho o se dificulten como consecuencia de su exclusivo o mejor rendimiento en la lengua propia correspondiente; así como en relación al acceso de quienes no conozcan la lengua de la Comunidad a la función pública, a la que como ciudadanos pueden legítimamente aspirar.

A este respecto parece sensato concluir que en el sector público la administración estatal y autonómica han de garantizar la prestación de los servicios en las dos lenguas, adaptando su organización consiguientemente. Por ello es muy dudoso que respecto del acceso a la función pública el conocimiento de la lengua propia, en general, pueda operar como condición (y así parece que sólo será legítimo que se exija la capacidad bilingüe para acceder a determinadas plazas de funcionario) y no como mérito (a tener en cuenta para acceder a los puestos en los

que no sea necesario el bilingüismo, al estar ya garantizada la atención al usuario en la lengua propia de la Comunidad o al no producirse una relación del funcionario o empleado con el público, o en otros supuestos en los que la capacidad requerida para desempeñar la función no tenga relación con el nivel de conocimiento de la lengua propia –STC 46/1981–).

La política de bilingüismo no debe impedir al castellano el desempeño de una función muy importante que le corresponde, en cuanto lengua oficial en el Estado y en cuanto medio de comunicación entre los españoles; y la aplicación de tal política naturalmente no puede generar discriminaciones de los ciudadanos, sea en sus relaciones con la administración o en sus oportunidades públicas¹⁵.

Hasta aquí mi análisis del tema propuesto que ha discurrido planteado exclusivamente en sus términos constitucionales y dependiendo más que de consideraciones políticas o de utilidad económica, puntos de vista perfectamente legítimos, desde una perspectiva técnico-constitucional, al estudiar la interpretación correcta del carácter social de nuestro Estado, con las matizaciones y muestras adicionales consecuencia de su condición autonómica, y sobre todo haciendo reposar a nuestro estudio del respeto del principio de igualdad en el Estado autonómico en determinada manera de entender los derechos sociales, esto es (en la medida que lo permita su estructura normativa, según los términos de su reconocimiento) como *verdaderos derechos fundamentales* a los que la Constitución asegura un vigencia efectiva equivalente en todo el territorio del Estado por lo menos en su contenido básico.

15. Véase sobre este tipo de cuestiones, con mayor detalle, mi trabajo «El régimen constitucional del bilingüismo», n.º 55, *Revista Española de Derecho Constitucional*.