

**José Ignacio Hernández G. (Venezuela) \***

## **Estado social y ordenación constitucional del sistema económico venezolano \*\***

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada mediante referendo de 15 de diciembre de 1999, incorporó, por vez primera en la historia constitucional de ese país, la *cláusula del Estado social*. Es decir, Venezuela se *constituyó*, de manera expresa, como *Estado social de derecho y de justicia*. La fórmula se recoge en el artículo 2 de la Constitución:

Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político

Era la primera vez, en efecto, que la Constitución de manera expresa refrendaba el carácter de Venezuela como Estado social. Ello no quiere decir, por supuesto, que materialmente no fuera un Estado social. Desde 1936, y con mucho más realce desde 1947, la Constitución moldeó, sin decirlo, ese carácter *social* del Estado venezolano.<sup>1</sup> La intención del constituyente era otra, sin embargo: mostrar una auténtica renova-

---

\* Abogado *summa cum laude*, Universidad Católica Andrés Bello. Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho, *sobresaliente cum laude*, Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Económico de la Universidad Monteávila. Profesor de Derecho Administrativo II de la Universidad Central de Venezuela. Profesor invitado del Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA). Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2003-2004. <jihernandez@arr.com.ve>

\*\* Expresamos nuestro agradecimiento a Daniela Nataly Tovar Vera, por la revisión de las notas del presente trabajo.

<sup>1</sup> En general, sobre la evolución de la intervención del Estado venezolano en la economía y la paulatina conformación del Estado social, véase a Allan R. Brewer-Carías: “El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela”, en *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, tomo II, Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1979, pp. 1214.

ción del Estado venezolano, desde sus propios cimientos. Por ello, el preámbulo de la Constitución indica como una de sus intenciones *refundar la República*. La expresión es tomada de la Constitución española de 1978. La comparación luce, pues, claramente exagerada: no es posible asimilar el proceso de transformación del Estado español operado desde la Constitución de 1978 con el proceso de “transformación” del Estado venezolano procurado en la Constitución de 1999.<sup>2</sup> Una transformación que fue anunciada como tal pero que, en cuanto al contenido positivo de la Constitución, aparecía bastante matizada.

En lo que concierne a las cláusulas económicas, esto es, a la *Constitución económica*, las diferencias entre el texto de 1999 y el anterior, de 1961, no son ni con mucho notorias. Por el contrario, las mismas disposiciones de la Constitución de 1961 se mantuvieron en el nuevo texto, remozadas, sí, pero en definitiva, con su misma esencia sustantiva. Aun cuando cierto sector ha señalado que las nuevas cláusulas económicas responden a una vocación mucho más intervencionista del Estado (Brewer-Carías), otro sector (Badell Madrid) se inclina por señalar la permanencia de las mismas cláusulas económicas vigentes en la anterior Constitución.<sup>3</sup> De hecho, fue ésa la posición asumida por la jurisprudencia durante los primeros años de interpretación de la Constitución de 1999.<sup>4</sup>

Por lo tanto, en ese contexto, la cláusula del Estado social incorporada en el artículo 2 de la Constitución no suponía una drástica transformación respecto del orden preexistente, en especial en lo que atañe a las cláusulas económicas. Sobre el mismo principio rector de la *justicia social*, ya vigente en la Constitución de 1961, esas cláusulas aparecían ahormadas en torno a un sistema económico calificado —con diversa terminología— como *economía social de mercado*.<sup>5</sup>

No obstante, como la Constitución es norma abierta y flexible, la *interpretación* de las cláusulas económicas de la vigente Constitución por el Tribunal Supremo de

---

<sup>2</sup> Sobre el sentido de la expresión *refundición*, en este contexto, véase Pablo Lucas Verdú: “Artículo 1.º: Estado social y democrático de derecho”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo I, Madrid: Edersa, 1996, pp. 117 ss. Sobre la influencia de la Constitución española en la materia, véase Gustavo Planchart Manrique: “El Estado social de derecho y de justicia”, en *La Constitución de 1999*, Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2000, p. 386.

<sup>3</sup> Véanse estas posiciones en Allan R. Brewer-Carías: *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, tomo II, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2004, pp. 818 ss., así como en Rafael Badell Madrid: “La Constitución económica”, en *Revista del Banco Central de Venezuela*, vol. XIV, n.º 1, Caracas, 2000, pp. 157 ss.

<sup>4</sup> Véanse las sentencias de la Sala Constitucional n.º 268, de 25 de abril de 2000, caso *Nulidad de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles*; n.º 354, de 11 de mayo de 2000, caso *Técnica Aduanal e Industrial*; n.º 525, de 8 de junio de 2000, caso *Inversiones Las Canteras C.A.*, y n.º 971, de 9 de agosto de 2000, caso *Instituto Nacional de Hipódromo*.

<sup>5</sup> Sobre la vigencia del sistema de economía social de mercado en la Constitución de 1999, véanse las sentencias de la Sala Constitucional n.º 117, de 6 de febrero de 2001, caso *Pedro Antonio Pérez Alzurutt II*, así como la sentencia n.º 2641, de 1 de octubre de 2003, caso *Parkimundo*. Un análisis

Justicia fue adquiriendo, cada vez más, autonomía propia. Lentamente la jurisprudencia fue extrayendo las notas que permitían distinguir el sistema económico vigente respecto del anterior; notas todas que pivotaban sobre el significado y alcance de la cláusula del Estado social. Esa evolución ha llevado a que, en la actualidad, la interpretación del ordenamiento jurídico, y en especial de las normas constitucionales económicas, esté inspirada en la referida cláusula.

Esta nueva interpretación, reviviendo antiguas experiencias, se ha manifestado a partir de la tensión entre la libertad económica —derecho fundamental reconocido en el artículo 112 de la Constitución— y la cláusula del Estado social. La relación entre ambos principios ha sido planteada en ocasiones de manera contradictoria; en otros casos, por el contrario, la jurisprudencia apunta a su plena compatibilidad. En realidad, entre ambos principios ha habido una dialéctica de movimiento pendular, en la cual se empieza a notar, sin embargo, una cada vez más firme inclinación por la primacía de la cláusula del Estado social sobre la libertad económica.

Este artículo pretende abordar las diversas aristas de esa relación dialéctica, tratando de ensayar algunas líneas de interpretación que contribuyan a definir más nítidamente la relación entre la ordenación del sistema económico y el Estado social. Para lograr este objetivo, el trabajo ha sido dividido en cinco grandes partes. La *primera* se ocupa del Estado social como norma jurídica vinculante. La *segunda* explora cómo la cláusula del Estado social impone mandatos positivos a los poderes públicos, mientras que en la *tercera* sección se analiza el papel de esa cláusula como título habilitante básico para la acción administrativa de limitación sobre la libertad económica. La *cuarta* versa sobre la figura de los derechos prestacionales, y la *quinta* y última parte analiza la relación entre el principio de legalidad y el Estado social. Esas cinco partes serán tratadas, principalmente, a partir de las recientes interpretaciones del Tribunal Supremo de Justicia en la materia.

## 1. El Estado social como norma jurídica vinculante

Bajo la anterior Constitución, de 1961, se sostuvo que algunas de sus disposiciones —en especial, de índole económica— carecían de valor normativo, por lo que se manifestaban como meras indicaciones programáticas para los poderes públicos. El artículo 7 de la Constitución de 1999 abandonó esa tendencia al señalar —con clara influencia en la doctrina de Eduardo García de Enterría— que la *Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico*.<sup>6</sup> Inequívoco carácter normativo de la Constitución. Una conclusión que, como cabe esperar, es referible

---

más detenido de la sentencia de 1 de octubre de 2003 en José Ignacio Hernández G.: “Constitución económica y privatización”, en *Revista de Derecho Constitucional* n.º 5, Caracas, 2000, pp. 327 ss.

<sup>6</sup> Del autor, véase el ya clásico trabajo *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 1985, pp. 68 ss.

también a las cláusulas económicas. Vale aclarar, desde ahora, que una cosa es afirmar dicho carácter normativo y otra, muy distinta, es precisar los efectos y destinatarios de las normas constitucionales. Pero, en todo caso, queda fuera de toda duda que las cláusulas económicas, como todos los demás artículos constitucionales, resultan jurídicamente vinculantes.

Lo propio cabe afirmar respecto de la cláusula del Estado social. No ha sido ésa, sin embargo, la tendencia generalmente seguida, pues ha llegado a cuestionarse la eficacia de dicha cláusula. La discusión, como es conocido, se plantea en Alemania. Frente a la tesis de H. P. Ipsen, en cuanto a los concretos efectos derivados de dicha cláusula, referentes a la configuración del orden social, Grewe sostuvo que, por el contrario, tal cláusula era un concepto “blanco carente de sustancia”.<sup>7</sup> Esta discusión, en la actualidad, no parece mantenerse. Se afirma, sin resquemor, que la cláusula del Estado social es ante todo y sobre todo norma jurídica vinculante (S. Martín-Retortillo Baquer).<sup>8</sup>

Sólo esa conclusión puede ser mantenida en Venezuela, ante la enfática disposición del artículo 7 de la Constitución. Que Venezuela sea un Estado social no es, por lo tanto, una mera declaración carente de valor y contenido. Esa afirmación, por el contrario, tiene, debe tener, efectos jurídicos vinculantes. Así lo ha venido a señalar la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en sentencia número 85 de 24 de enero de 2002, caso *Asodeviprilara*:

La Constitución de 1999 en su artículo 2 no define que debe entenderse por Estado Social de Derecho, ni cual es su contenido jurídico. Sin embargo, la Carta Fundamental permite ir delineando el alcance del concepto de Estado Social de Derecho desde el punto de vista normativo, en base a diferentes artículos, por lo que el mismo tiene un contenido jurídico, el cual se ve complementado por el Preámbulo de la Constitución y los conceptos de la doctrina, y permiten entender que es el Estado Social de Derecho, que así deviene en un valor general del derecho constitucional venezolano [...]

No sólo se afirma el carácter normativo de la cláusula del Estado social sino que además se precisa que su alcance dependerá del resto de los preceptos que desarrollan a tal cláusula y que conforman las cláusulas económicas de la Constitución de 1999. Hay aquí un dato relevante que debe ser resaltado: a diferencia de lo sucedido bajo la Ley Fundamental de Bonn —según la conocida conclusión de Forsthoff—,<sup>9</sup> la Constitución de 1999 tiene un importante contenido económico.<sup>10</sup> La jurisprudencia

---

<sup>7</sup> Véanse las referencias en Luciano Parejo Alfonso: *El concepto de derecho administrativo*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1984, pp. 185 ss. Asimismo, véase Wolfgang Abendroth et al.: *El Estado social*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

<sup>8</sup> Sebastián Martín-Retortillo Baquer: *Derecho administrativo económico*, tomo I, Madrid: La Ley, 1991, pp. 30 ss.

<sup>9</sup> “Concepto y esencia del Estado social de derecho”, en Wolfgang Abendroth et al.: o. cit.

<sup>10</sup> De hecho, se considera que las cláusulas económicas de la Constitución de 1999 son mucho más prolifas que las cláusulas del texto de 1961. Véase Hildegard Rondón de Sansó: *Ad imis fundamentis*.

del Tribunal Supremo de Justicia ha acotado, al respecto, que esa Constitución es, desde la óptica económica, *neutral* (sentencia de la Sala Constitucional n.º 117, de 6 de febrero de 2001, caso *Pedro Pérez Alzurutt*), mas ello debe entenderse referido a la recepción del principio de flexibilidad.<sup>11</sup> Esa Constitución no es pues, *neutral*, en el sentido de que no es indiferente respecto del orden socioeconómico. Todo lo contrario, desarrolla con detalle los trazos generales en los que se sustenta tal ordenación.

Carácter vinculante de la cláusula del Estado social. Sin embargo, esta afirmación debe ser necesariamente concretada. Desde el artículo 7 de la Constitución no puede negarse el carácter normativo y vinculante de la cláusula del Estado social. Asunto *del todo distinto* al anterior es precisar cuáles son los efectos *concretos* que se derivan de esa norma. Pues, huelga señalarlo, el artículo 2 no se basta en sí mismo para poder desentrañar cuáles son esos efectos jurídicos. Más que determinar si dicha norma es o no vinculante —no hay aquí margen alguno para la discusión—, lo relevante parece ser precisar frente a qué sujetos resulta vinculante.

## 2. La cláusula del Estado social como norma que impone mandatos positivos a los poderes públicos. Especial referencia a la administración prestacional dentro del orden económico

Una afirmación bastante común es aquella que postula que la cláusula del Estado social impone obligaciones *positivas* a los poderes públicos. La referida cláusula otorga, pues, *mandatos* que *emplazan* a los poderes públicos a intervenir en el orden social a fin de promover la existencia de condiciones *efectivas* de igualdad, como alude la exposición de motivos del texto de 1999. Esta idea, tomada del derecho italiano, fue muy bien exteriorizada en el artículo 9.2 de la Constitución de España de 1978. No hay en la Constitución de Venezuela de 1999 disposición similar, aun cuando el artículo 299 pueda servir de parangón. Según esa norma, el Estado, junto con la iniciativa privada, debe promover el desarrollo armónico de la economía nacional.<sup>12</sup>

---

*Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Caracas: Ex Libris, 2000, p. 241. No es baladí que el capítulo I del título VI de la Constitución aluda al *régimen socioeconómico y de la función del Estado en la economía*, función caracterizada, a no dudarlo, por la participación activa del Estado sobre el orden socioeconómico, a través de las dos conocidas modalidades de prestación y limitación.

<sup>11</sup> Así lo hemos sostenido antes en “Constitución económica y privatización”, en *Revista de Derecho Constitucional* n.º 5, Caracas, 2000, pp. 327 ss. En general, sobre este punto, véase Alfredo de Stefano Pérez: “La Constitución económica y la intervención del Estado en la economía”, en *El Estado constitucional y el derecho administrativo en Venezuela*, Caracas: Estudios del Instituto de Derecho Público-Universidad Central de Venezuela, 2005, pp. 255 ss.

<sup>12</sup> La sentencia del Tribunal Constitucional español de 7 de marzo, n.º 37/1984 (Ar. 1984/31) precisa que la sanción de un “Estado social y democrático de Derecho”, que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad (artículo 1.1), supone la encomienda de la obligación a “[...] todos los poderes públicos [de] *promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas* (artículo 9.2 de la CE) [...]”. Sobre

De acuerdo con esta aseveración, la cláusula del Estado social resulta vinculante para los poderes públicos, los que en virtud de esa sola disposición han de entenderse emplazados para actuar en el orden social. La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha insistido sobre este particular al sostener, en sentencia número 1002, de 26 de mayo de 2004, caso *Federación Médica Venezolana*, lo siguiente:

Según esto, la cláusula de Estado Social de Derecho es suficiente para que el Estado, a través de su estructura administrativa, esté en constante desarrollo de un programa económico, social o cultural y concilie los intereses de la sociedad, porque esa es, precisamente, su razón de ser.

Es ciertamente peculiar la expresión empleada por el Tribunal Supremo de Justicia: la cláusula del Estado social de derecho *es suficiente* para que el Estado despliegue todo su aparato organizacional. Esa vinculación se predica respecto de todos los poderes públicos, a los que se les reconoce, además, una considerable amplitud configuradora del orden social. La Sala Político-Administrativa, en sentencia n.º 1885, de 5 de octubre de 2000, caso *José del Carmen Rojas*, ha avalado estas conclusiones:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela define el Estado como un modelo Democrático y Social, de Derecho y de Justicia, sustentándolo en una serie de principios y de valores superiores que se insertan en el ordenamiento jurídico. Este modelo social le asigna al Estado una amplitud de funciones y de responsabilidades sociales textualmente reconocidas en la Constitución, como un auténtico e ineludible compromiso que implica la protección especial a la familia, a los trabajadores, a los menores; en especial, velar por la salud y la seguridad social de los mismos, entre otras. [...] Es decir, este modelo de Estado exige un compromiso real tendente a la efectividad integral del aparato del Estado, en este sentido, todos sus órganos deben actuar sujetos al orden constitucional, no sólo en aquello que esté referido a su desenvolvimiento interno y estructural de las funciones que ejerce, sean éstas legislativas, judiciales, de gobierno, electorales o de control, sino también, y de manera fundamental, están sujetos al cumplimiento de todas las disposiciones constitucionales que imponen obligaciones y compromisos, conductas y responsabilidades hacia la sociedad [...].

De nuevo, es preciso distinguir aquí las importantes gradaciones que se presentan en la materia. El Estado social es norma jurídica vinculante para los poderes públicos, aun cuando sus efectos no sean los mismos respecto de cada uno de ellos. Básicamente se impone una diferencia entre los efectos sobre el Poder Legislativo y los efectos sobre la Administración.

Frente al primero, la referida cláusula impone una obligación positiva que emplaça al Poder Legislativo a desarrollar los preceptos constitucionales de contenido social. Esa obligación atañe no sólo al propio desarrollo normativo de esos preceptos, sino también a su contenido. Una labor ciertamente ardua, dado que las cláusulas económicas, por lo general, requieren siempre una debida concreción. Aquí reside,

---

ello véase a José Ignacio Hernández G.: *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del derecho español y venezolano*, Caracas: IESA-FUNEDA, 2004, pp. 43 ss.

para nosotros, el punto esencial de la afirmación que se hace. La cláusula del Estado social debe ser concretada por el legislador, obligación que necesariamente ha de estar asegurada con el derecho a la tutela judicial. En otros términos, ha de afirmarse la *justiciabilidad* del desarrollo legislativo de los preceptos derivados de la cláusula del Estado social, bien en lo que atiende a la pasividad del Poder Legislativo en desarrollar estos preceptos, bien en lo que atañe al desarrollo insatisfactorio de éstos.<sup>13</sup>

No es baladí que la Constitución de 1999 haya recogido por vez primera la posibilidad de accionar contra las omisiones legislativas. Una de las pocas decisiones de la Sala Constitucional recaídas en esta materia se refiere, precisamente, al parco desarrollo de preceptos sociales. La *Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social*, promulgada en el 2001, estableció la creación de diversos *subsistemas* integrados al *sistema de seguridad social*, los cuales debían ser desarrollados por el legislador. Uno de esos *subsistemas* atendía a las prestaciones debidas ante situaciones de desempleo (paro forzoso). Aun cuando la Ley Orgánica de Seguridad Social no desarrolló esos *subsistemas*, sí derogó la legislación anterior, y en ella, la que otorgaba cobertura a la contribución parafiscal referida al paro forzoso. La conclusión práctica fue que, por un indebido desarrollo normativo, la Ley Orgánica de Seguridad Social dejó sin cobertura legal esa prestación social. Pues bien, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión n.º 91, de 2 de marzo de 2005, declaró la omisión en la que había incurrido el legislador y adoptó incluso medidas para restablecer el goce efectivo de la prestación alusiva al paro forzoso, a saber: acordar la “vigencia” temporal de la ley previamente derogada, a fin de dar cobertura a esa prestación social.

La propia jurisprudencia de la Sala Constitucional ha establecido, sin embargo, un coto a esa revisión jurisdiccional, al afirmar que el Poder Judicial no puede sustituirse en el Poder Legislativo en el desarrollo normativo de los preceptos sociales. La sentencia n.º 1002, de 26 de mayo de 2004, caso *Federación Médica Venezolana*, apuntó que:

No obstante, en la actuación política, el Estado goza de una libertad de configuración propia que no puede ser sustituida legítimamente por el Poder Judicial. La tiene como consecuencia del cumplimiento de sus funciones constitucionales, como producto de la naturaleza de su función, esto es, como una derivación del principio de división de poderes que estatuye un ámbito reservado para cada Poder que excluye la sustitución de voluntades, y que en la relación Gobierno-Poder Judicial impide que el control jurisdiccional sea la medida de la suficiencia de la carga prestacional. Por ende, la libertad de configuración política hace que ese control judicial, mientras no se afecte un derecho, no exista; sin embargo, que el Poder Judicial no pueda controlar la legitimidad de las políticas y, simultáneamente, esté habilitado para controlar la juridicidad del actuar estatal no puede asumirse como contradictorio.

---

<sup>13</sup> Esta tesis tiene su origen en Alemania, conforme expone Parejo Alfonso: o. cit., pp. 201 ss.

Esta afirmación es relevante a fin de evitar excesos en el control que la justicia constitucional ha de ejercer sobre el desarrollo de preceptos sociales por parte del Poder Legislativo, muy especialmente en lo que respecta al control de sus omisiones. No cabe una sustitución plena y absoluta del Poder Judicial sobre el Legislativo: aquél queda vedado de enjuiciar consideraciones de índole política y, consecuentemente, se encuentra impedido de sustituirse en esas valoraciones para suplir las omisiones en las que pueda haber incurrido el Poder Legislativo. Como expone Urosa Maggi, aun cuando el Poder Judicial puede declarar la omisión legislativa, no siempre podrá sustituirse en el legislador para suplir dicha omisión.<sup>14</sup> Esta inflexión pretende ser salvada por la sentencia comentada al argüir que esas decisiones de índole política sólo son controlables por mecanismos políticos, en el marco de la democracia protagónica y participativa que ha instituido la Constitución. Sin embargo, la especial naturaleza de la justicia constitucional justifica que ésta actúe, en ocasiones, como *árbitro* que mide la compatibilidad entre la *interpretación histórica* de la Constitución, entendida como norma abierta, y la opción política asumida por el legislador. Una peculiaridad que cobra realce especial en lo que respecta a la interpretación de las cláusulas económicas de la Constitución.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> “Control judicial de las omisiones legislativas a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Derecho Público* n.º 101, Caracas, 2005, pp. 18 ss.

<sup>15</sup> Las cláusulas económicas de la Constitución se caracterizan por su *generalidad* y *amplitud*. Tal es, en todo caso, rasgo propio toda norma constitucional. En efecto, sabido es que la norma constitucional es una *norma abierta*. El problema estriba, como apunta Vélez García, en precisar quién ha de *llenar* la Constitución. Una misión que el autor sitúa en la figura del Tribunal Constitucional como *guardián* de la propia Constitución y de su supremacía (“La Constitución: una norma abierta”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*, tomo I, Madrid: Civitas, 2003, pp. 185 ss). Por lo anterior, Francisco Rubio Llorente ubica a la *interpretación constitucional* como una de las misiones cardinales de la justicia constitucional. Una interpretación que parte, precisamente, de la existencia de normas constitucionales abiertas, las cuales se justifican por el pluralismo político. El legislador —escribe— “[...] no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta, y esta libre actuación requiere en muchos casos (aunque no, claro es, en todos) que el enunciado de esos preceptos constitucionales permita un ancho haz de interpretaciones diversas [...]”. Surge aquí un conflicto de interpretaciones: la *política*, efectuada por el legislador, y la *jurídica*, realizada por la justicia constitucional, la cual ha de poner cotos a la libertad del legislador, que en modo alguno cabe equiparar a arbitrariedad. Por ello, y con razón, Rubio niega que quepa hablar de *discrecionalidad* respecto la función legislativa: en realidad, hay una libertad de acción encuadrada dentro de los límites que la Constitución impone (*La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 573 ss). Es posible que, bajo determinada configuración política de constitución del legislador, éste adopte una medida en el marco de la amplitud reconocida por las cláusulas económicas de la Constitución. Si la interpretación de esas normas se realiza en un momento histórico posterior —bajo una configuración política diferente, derivada de cambios democráticos— es posible que la justicia constitucional estime que aquella decisión, bajo la *actual* interpretación de la norma constitucional, no resulta válida. Sobre ello se ha señalado: “[...] es fundamental que los jueces constitucionales efectúen una lectura democrática de la Constitución, que afiance todo lo que ella tenga de apertura a diversas corrientes políticas y

La cláusula del Estado social es vinculante, también, para la Administración pública. Incluso, suele afirmarse que, en cuanto a la consecución de los cometidos de esa cláusula, ha de preferirse la acción de la Administración sobre la del Poder Legislativo, lo que se traduce en una primacía de aquélla sobre éste, con importantes consecuencias para el principio de legalidad, como veremos. Pero ahora interesa destacar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia no sólo ha admitido ese carácter vinculante, sino que además ha asumido a plenitud la tesis que en su momento expuso E. Forsthoff sobre la *Administración como aportadora de prestaciones*. Ya la sentencia de la Sala Constitucional n.º 85, de 24 de enero de 2002, antes citada, se refirió al postulado de Forsthoff sobre la *procura existencial* como fin del Estado social, planteamiento reiterado en la decisión de esa Sala n.º 1002, de 26 de mayo de 2004:

[...] debe señalar que el Estado Social de Derecho es el Estado de la procura existencial, su meta es satisfacer las necesidades básicas de los individuos distribuyendo bienes y servicios que permitan el logro de un standard de vida elevado, colocando en permanente realización y perfeccionamiento el desenvolvimiento económico y social de sus ciudadanos [...]

La tesis de E. Forsthoff en torno a la *procura existencial*<sup>16</sup> ha sido insistentemente invocada por el Tribunal Supremo de Justicia para caracterizar a la Administración pública como una *Administración prestacional*, aportadora de prestaciones básicas. En la base de la teoría de Forsthoff reside una crítica a la noción meramente formal de Administración, defendida principalmente por Merkl.<sup>17</sup> A ello apuntó también F. Fleiner: la Administración no se reduce a la simple aplicación lineal de la ley; hay un *plus* que en modo alguno puede desconocerse.<sup>18</sup> Que ello sea así es una consecuencia obligada desde el artículo 141 de la Constitución, norma que asume la noción *vicarial* de Administración, de arraigo alemán pero que es tomada del artículo

---

sociales [...]” (Jesús María Casal: “Algunos cometidos de la jurisdicción constitucional en la democracia”, en *La jurisdicción constitucional, democracia y Estado de derecho*, Caracas: 2005, p. 121). Lo que queremos significar es que sostener, simplemente, la insustituibilidad de la justicia constitucional en la adopción de políticas por parte del legislador resulta una premisa excesivamente vaga e imprecisa, de cara a los remarcables rasgos que caracterizan la interpretación de la Constitución por la justicia constitucional. Tanto más si se trata de políticas derivadas del Estado social, dada la amplitud de las normas constitucionales de contenido económico y social. El límite debería ser puesto, pues, en el necesario respeto al fundamento democrático que ha de insuflar a toda interpretación constitucional.

<sup>16</sup> Véase del autor: *Sociedad industrial y Administración pública*, Madrid: Estudios Administrativos, 1967, pp. 89 ss. Véase también el trabajo de Lorenzo Martín-Retortillo Baquer: “La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de ‘daseinsvorsorge’”, en *Revista de Administración Pública* n.º 38, Madrid, 1962, pp. 37-38.

<sup>17</sup> *Teoría general del derecho administrativo*, México: Editora Nacional, 1975, pp. 55 ss.

<sup>18</sup> Cf. *Les principes généraux du droit administratif allemand*, París: Librairie Delagrave, 1933, p. 12.

103.1 de la Constitución de España de 1978.<sup>19</sup> La Administración está al servicio de los ciudadanos. Está, pues, al servicio de la satisfacción de la procura existencial de aquéllos. Y es aquí donde se sostiene que la cláusula del Estado social imprime a la Administración una amplia libertad configuradora —como ha reconocido en general la jurisprudencia ya citada del Tribunal Supremo de Justicia—, lo que justifica no sólo su primacía sobre el Poder Legislativo —con la consecuente reducción de la eficacia del principio de legalidad—, sino además, y conforme a cierto sector, la reducción del alcance que ha de tener el control que sobre ella ejerza la jurisdicción contencioso-administrativa.<sup>20</sup>

Luego volveremos sobre este aspecto y ahondaremos en el eco que estas consideraciones han tenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Lo que ahora interesa destacar que es la cláusula del Estado social imprime sobre la Administración una permanente vocación de actuación, no sólo en el estricto sentido prestacional —según la terminología de Wolff— sino también, y principalmente, en el ámbito de la actividad de limitación. De hecho, es esa actividad la que tiende a desplegarse sobre el ejercicio de la libertad económica, al amparo de la referida cláusula del Estado social.<sup>21</sup>

### **3. La cláusula del Estado social como título habilitante para el ejercicio de la actividad administrativa de limitación sobre la libertad económica. La problemática del contenido esencial de ese derecho**

La cláusula del Estado social es también concebida como título que habilita a la Administración para limitar el ejercicio del derecho fundamental de libertad económica, reconocido en el artículo 112 del texto de 1999. La relación entre ambos principios

---

<sup>19</sup> La noción *vicarial* de la Administración adquiere especiales matices en el marco del Estado social, en tanto esa noción entronca muy estrechamente con la idea de *Administración prestacional*. La Administración ha de servir con objetividad los intereses generales, los cuales obviamente se encuentran moldeados por la referida cláusula del Estado social. En general sobre lo expuesto, Alejandro Nieto: “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje a Eduardo García de Enterría*, tomo III, Madrid: Civitas, 1991, pp. 2185 ss. Véase también Jaime Rodríguez-Arana Muñoz: “Los derechos fundamentales en el Estado social y el derecho administrativo constitucional”, en *Revista de Derecho Público* n.º 101, Caracas, 2005, pp. 43 ss.

<sup>20</sup> Esta tesis dio pie a una relevante polémica en el derecho español, en cuanto al alcance que ha de tener el control de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la Administración. Véase al respecto Luciano Parejo Alfonso: *Administrar y juzgar, dos funciones distintas y complementarias*, Madrid: Tecnos, 1993, pp. 116 ss., y Tomás-Ramón Fernández: *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid: Civitas, 1997, pp. 109 ss.

<sup>21</sup> El planteamiento de Hans-Julius Wolff puede ser visto en “Fundamentos del derecho administrativo de prestaciones”, en *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso*, tomo V, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1969, pp. 355 ss., así como el temprano estudio de S. Martín-Retortillo Baquer: *Crédito, banca y cajas de ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*, Madrid: Tecnos, 1975, pp. 300 ss.

es, sin embargo, mucho más compleja. Uno de los principales inconvenientes derivados del advenimiento del Estado social fue su compatibilidad con los derechos fundamentales nacidos al amparo del Estado liberal: se asumía que el Estado social era intrínsecamente opuesto a esos derechos de libertad. Esta tendencia, como lógico es esperar, se manifestó más agudamente en relación con el derecho de libertad económica: la libre iniciativa empresarial por parte de los particulares se entendía como un valor contrario a la referida cláusula. Como resultado de esta aparente diatriba se formuló una tesis que reduce significativamente el contenido y alcance de esa libertad, proclamándose incluso (Font Galán) una suerte de *funcionalización social* de dicha libertad, en el sentido de que ella sólo ampararía el ejercicio de aquellas actividades cónsonas con los objetivos del Estado social.<sup>22</sup>

Esta tendencia tuvo cierto eco en Venezuela, particularmente en la década de los setenta del siglo pasado. Tanto la doctrina como la jurisprudencia apostaban por el carácter maleable y flexible de la libertad económica.<sup>23</sup> A ello abonaba el peculiar régimen al cual fue sometida esa libertad desde la misma entrada en vigencia de la Constitución de 1961. Nos referimos al régimen de excepción que, desde esa fecha, imperó en Venezuela y conforme al cual la *garantía formal* de la libertad económica quedó suspendida. En la práctica, ello implicaba que la Administración estaba *permanentemente habilitada* para incidir sobre el ejercicio de la iniciativa privada económica, sin tener que anclarse en una específica disposición de rango legal.<sup>24</sup>

Culminado ese régimen de excepción en 1991, doctrina y jurisprudencia fueron evolucionando hasta considerar que la libertad económica es un auténtico derecho fundamental, oponible como tal a la acción de inmisión de los poderes públicos.<sup>25</sup> Bajo la Constitución de 1999 esos criterios fueron mantenidos, aun cuando la sentencia n.º 85 de la Sala Constitucional, de 24 de enero de 2002, marcó una inflexión en esa línea de evolución.

En efecto, la tradicional jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha realzado el valor que la libertad económica tiene en el marco de la Constitución de 1999. De esa manera, la importante sentencia n.º 329 de la Sala Constitucional, de 4 de mayo de 2000, caso *Consortio Ayari*, sostuvo que el Texto de 1999

---

<sup>22</sup> Juan Ignacio Font Galán: *Constitución económica y derecho a la competencia*, Madrid: Tecnos, 1987, pp. 148-149. En sentido similar, véase Vicente Montés: *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*, Madrid: Civitas, 1980, pp. 205 y 207.

<sup>23</sup> Una crítica a esa posición en Gustavo Linares Benzo: *Leer la Constitución*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1998, pp. 117 ss.

<sup>24</sup> Sobre el impacto de ese régimen en el ejercicio de la libertad económica, véase Allan R. Brewer-Carías: "Consideraciones sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales", en *Revista de Derecho Público* n.º 37, Caracas, 1989, pp. 5-25. Nos remitimos a lo que exponemos en José Ignacio Hernández G.: "Intervención administrativa y liberalización de servicios esenciales en Venezuela", en *Revista de Derecho Administrativo* n.º 10, Caracas, 2000, pp. 61 ss.

<sup>25</sup> En general, véase José Ignacio Hernández G.: *La libertad de empresa...*, o. cit., pp. 179 ss.

“[...] consagra la libertad económica no en términos absolutos, sino permitiendo que mediante la ley se dispongan limitaciones. Sin embargo, debe destacarse que ello no implica ejercicio alguno de poderes discrecionales por parte del Legislador, el cual, no podrá incurrir en arbitrariedades [...] Lo que la Ley Fundamental ofrece es un estatuto completo de la libertad, efectivo por sí mismo, no necesitado de ningún complemento para ser operativo inmediatamente [...]”. Junto con este criterio se resalta otro, que ha destacado la obligación de los poderes públicos de promover la libre competencia, atributo de la libertad económica.<sup>26</sup> La Sala retomaría estas consideraciones en su sentencia n.º 117, de 6 de febrero de 2001, caso *Pedro Pérez Alzurutt*, la cual avaló que el sistema reconocido en el texto de 1999 es el de economía social de mercado, lo que entraña la innegable tutela jurídica de la libertad de empresa como derecho fundamental.

No obstante, todas estas apreciaciones fueron significativamente matizadas en la sentencia n.º 85, de 24 de enero de 2002, en la cual la Sala Constitucional asumió una concepción *debilitada* de la libertad económica, en función de las actuaciones que en el orden económico debían desarrollar los poderes públicos.

El principal riesgo que comporta este criterio, para nosotros, estriba en la aparente admisión de *limitaciones inmanentes a la libertad económica*, y en especial a la autonomía privada, base de aquella libertad. De conformidad con esta visión, los poderes públicos podrían afectar el ejercicio de esa libertad aun en ausencia de norma legal habilitante, en especial si dicha libertad se desenvuelve en áreas de interés social. Pero además de esa afirmación —que afecta el alcance del principio de legalidad—, esta posición contradice en ciertos puntos la existencia de un *contenido esencial* en la libertad económica.

Convendría aclarar, en primer término, que tras larga evolución ha sido la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional la que ha admitido la existencia de un contenido esencial en la libertad económica, partiendo del *reducto mínimo* que permite reconocer a dicha libertad conforme a su configuración por el constituyente.<sup>27</sup> Ese reco-

---

<sup>26</sup> La Sala Constitucional ha defendido, enfáticamente, que dentro del contexto de la Constitución de 1999 los Poderes Públicos deben intervenir a fin de defender la libre competencia, como es el caso de la sentencia n.º 1556, de 8 de diciembre de 2000, caso *Transporte Sicalpar SRL*, y n.º 1563, de 13 de diciembre de ese año, caso *Ley sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas*. La defensa de la competencia es predicable, incluso, frente al propio poder de la Administración: ella, con su actuación, está llamada a no perturbar —ilegítimamente— la aptitud de competir de los operadores económicos privados; un postulado que rompe la pretendida inmunidad de las potestades administrativas frente al derecho de la competencia. Nos remitimos a lo tratado en nuestro artículo “Libre competencia en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional* n.º 8, Caracas, 2003, pp. 81 ss.

<sup>27</sup> Sobre la tesis del contenido esencial de los derechos fundamentales conforme a su recepción en el derecho venezolano, véase Jesús María Casal: “Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI...*, o. cit., pp. 2515 ss.

nocimiento, sin embargo, no ha sido efectuado en términos claros. Así, la sentencia n.º 642, de 6 de abril de 2001, caso *Manuel Quevedo Fernández*, señaló:

En primer lugar, y respecto a la pretendida violación del derecho a la libertad de empresa, debe anotarse que tal derecho tiene como contenido esencial, no la dedicación por los particulares a una actividad cualquiera y en las condiciones más favorables a sus personales intereses; por el contrario, el fin del derecho a la libertad de empresa constituye una garantía institucional frente a la cual los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos. Así, pues, su mínimo constitucional viene referido al ejercicio de aquella actividad *de su preferencia* en las condiciones o bajo las exigencias que el propio ordenamiento jurídico tenga establecidas. No significa, por tanto, que toda infracción a las normas que regulan el ejercicio de una determinada actividad económica, entrañe una violación al orden constitucional o amerite la tutela reforzada prodigada por el amparo constitucional [...]

Creemos que la sentencia trata de distinguir el *contenido esencial* de la libertad económica de su *contenido no esencial*. El primero viene configurado por los atributos que como mínimo han de subsistir a la acción de inmisión del Estado, para que la libre iniciativa pueda ser ejercida autónomamente. El contenido no esencial comprende, por el contrario, al resto de los atributos prescindibles de la libertad económica y que por ende podrán ser limitados por los poderes públicos, conforme a la norma legal habilitante y respetando la regla general de mensurabilidad. Por ello, la incidencia negativa derivada de la actuación del Estado sólo puede ponderarse en orden a precisar el contenido no esencial de tal derecho.

En todo caso, la jurisprudencia de la Sala Constitucional acepta que tal contenido esencial —equivocamente calificado como garantía institucional— entraña una obligación de no hacer para los Poderes Públicos: éstos deben “abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos”. De allí que el contenido esencial de la libertad económica, conforme a una importante corriente a la cual nos adherimos, comprende el reducto mínimo de autonomía privada que ha de insuflar el ejercicio de la iniciativa económica.<sup>28</sup> Suprimida esa autonomía, se desnaturaliza el derecho de libertad de empresa. En definitiva, lo que el constituyente consagra es el derecho a la *libre empresa privada*.<sup>29</sup>

La existencia de este *núcleo duro e intangible* es cuando menos atemperada en la sentencia de la Sala Constitucional n.º 85, de 24 de enero de 2002. Al admitir la Sala que la libertad económica puede ser afectada atendiendo a limitaciones implícitas, en definitiva está aseverando que esa libertad no tiene un contenido mínimo sino

---

<sup>28</sup> En cuanto a las discusiones llevadas a cabo en doctrina y la jurisprudencia sobre la precisión de este concepto, nos remitimos a lo tratado en José Ignacio Hernández G.: *La libertad de empresa...*, o. cit., pp. 205 ss.

<sup>29</sup> Manuel Aragón Reyes: *Libertades económicas y Estado social*, Madrid: McGraw Hill, 1995, pp. 19 ss.

más bien un contenido maleable: lo que sea el contenido esencial de esa libertad variará según la mayor o menor afectación de la actividad desarrollada con el “interés social”. La propia sentencia recoge, sin embargo, su planteamiento, al aseverar que la cláusula del Estado social no implica la destrucción de la libertad económica ni tampoco el derecho de los operadores a percibir una rentabilidad razonable por la actividad ejercida. Reconocimiento, pues, del derecho al lucro como nota consustancial al contenido esencial de la libertad económica.<sup>30</sup>

El criterio sentado en la sentencia n.º 85 de la Sala Constitucional, que apunta a una suerte de *funcionalización social* de la libertad económica, no es, pues, un criterio sólido y definido. No lo es en la propia decisión —que, en definitiva, acepta la existencia de un contenido esencial asociado al lucro— ni tampoco en otras decisiones posteriores que han insistido sobre el reconocimiento de la libertad económica como derecho fundamental dotado de un contenido intangible para los poderes públicos. Así, en sentencia n.º 1140, de 15 de mayo de 2003, caso *Cervecera Nacional*, la Sala Constitucional reconoció que la libertad de empresa es un derecho fundamental tutelable en amparo frente a las medidas de ordenación arbitradas por la Administración contrariando el principio general de proporcionalidad, lo que en definitiva es índice revelador de la tutela jurídica reforzada a la que está sometido ese derecho. Posteriormente, en sentencia n.º 2641, de 1 de octubre de 2003, caso *Inversiones Parkimundo*, la Sala Constitucional acotó que la ordenación jurídica de la libertad económica, en beneficio de los objetivos del Estado social, debía ajustarse a un marco de garantías jurídicas, en especial en cuanto al respeto por el principio de legalidad y el contenido esencial de dicho derecho.

Es importante aludir también a la sentencia de la Sala Constitucional n.º 1798, de 19 de julio de 2005, caso *Festejos Mar*. En esa oportunidad conoció la Sala Constitucional de una norma legal de carácter local que establecía —como principio general— la restricción a la libertad económica en materia de comercio, lo que a juicio de la Sala afectaba el postulado *favor libertate*, en el sentido de que el principio constitucional ha de ser la libertad de ejercicio de la actividad comercial, con las excepcio-

---

<sup>30</sup> La identificación del derecho a la rentabilidad razonable con el contenido esencial de la libertad económica ha sido defendida en Venezuela por Gustavo Grau Fortoul: *Ordenación y disciplina del sector bancario en el derecho público venezolano*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1998, pp. 210 ss. La sentencia de la Sala Constitucional n.º 313, de 21 de febrero de 2002, dictada en ampliación a la sentencia n.º 85, señaló sobre este particular: “[...] sobre el significado de rentabilidad razonable cuya aclaratoria solicita el Banco Central de Venezuela, la Sala reitera que el alcance de este término se refiere a que el prestamista tiene el derecho a obtener una ganancia y recuperar su dinero, pero en materia de interés social, tal ganancia y recuperación no pueden ser a expensas de las necesidades básicas del prestatario, hasta el punto de hacerle perder la vivienda. Ello se indica expresamente en el fallo. Esta realidad debe tenerla en cuenta el Banco Central de Venezuela al determinar la rentabilidad razonable. La misma no puede ser tal que arruine o ponga en peligro, la calidad de la vida del prestatario [...]”.

nes tasadas previstas en la ley, las cuales, adicionalmente, han de ser de interpretación restrictiva:

No cabe duda entonces, para la Sala, que los artículos mencionados disponen una limitación general al ejercicio de la actividad económica, que se expresa como la regla, es decir, como la condición general, o como principio frente al cual se coloca, en condición de inferioridad o minoría, esto es, como lo que se aparta de la regla o condición general regulada, un supuesto ambiguo e impreciso: “salvo las excepciones legales”, que, por lo demás, resulta una regulación irrealizable en la práctica pues, precisamente, por virtud del postulado constitucional, las regulaciones legales disponen limitaciones a la actividad económica, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social y como excepción a la regla, que es la libertad.

Ello así, considera la Sala que el enunciado jurídico que se examina, de redacción sin duda complicada desde el punto de vista técnico, atenta contra el principio *pro libertatis*, y quizá sin que el legislador local lo hubiese deseado, termina restringiendo la realización de actividades económicas distintas de las que luego pretende autorizar a través de la Licencia de Extensión de Horario, aun cuando el mismo Municipio reconozca que las demás sí pueden hacerlo, no obstante que, en puridad de la redacción de la norma, se desprende lo contrario a dicho alegato

Estima esta Sala que tal circunstancia constituye una contrariedad objetiva a lo estatuido por el artículo 112 de la Constitución, pues al desconocer la naturaleza principista de las libertades y la estructura normativa de las garantías constitucionales, fijando como regla una limitación general a su ejercicio, las normas locales impugnadas configuran un desconocimiento de la libertad económica constitucionalmente garantizada y, con ello, la violación de la norma fundamental alegada.

Lo relevante es que la sentencia ancla esta reflexión en el carácter inmutable del contenido esencial de la libertad económica, concebido —siguiendo a la doctrina alemana— como el *núcleo duro* de ese derecho.<sup>31</sup> Se reconoce, pues, que la libertad económica es un derecho fundamental respecto al cual los poderes públicos pueden implementar técnicas de ordenación y limitación, apegados a ciertas garantías básicas, entre ellas el contenido esencial. Sin embargo, la cláusula del Estado social ha permitido reducir el alcance de ese contenido especialmente en áreas de interés social, relacionadas incluso con la satisfacción de derechos prestacionales. Pero aun dentro de esas áreas no ha habido un criterio pacíficamente aceptado. Buen ejemplo

---

<sup>31</sup> Conforme a la sentencia comentada: “[...] esa reglamentación no puede afectar el núcleo mismo del derecho constitucionalizado o delimitarlo al punto que constituya una negación de éste, esto es, que la idea que subyace detrás de la posibilidad de legislar sobre un determinado derecho debe tener siempre presente que no incida negativamente sobre el mismo de tal manera que lo haga nugatorio al afectarlo, al tiempo que se tiene como garantía que esa regulación de ser restrictiva, aun por autorizadas razones como las excepciones establecidas en la misma norma constitucional, debe ser realizada y/o autorizada mediante texto expreso por el órgano legislativo al que se le ha atribuido de manera directa esa competencia por el Texto Fundamental, como ocurre particularmente con el derecho que examinamos [...]”.

de lo que se expone es la ordenación bancaria. La sentencia de la Sala Constitucional n.º 85 se pronunció, precisamente, sobre la actuación de inmisión de los poderes públicos sobre la actividad de intermediación financiera, asociada a la satisfacción del derecho prestacional a la vivienda. Aun cuando esa decisión —y las decisiones que posteriormente fueron dictadas ampliando su contenido— parte del concepto de la banca como servicio público<sup>32</sup> con el propósito de debilitar la protección jurídica de la libertad económica, se reconoce que esa libertad ampara el derecho a una rentabilidad razonable, lo que, se insiste, debe conciliarse con la autonomía privada como contenido esencial de dicha libertad.

#### **4. La cláusula del Estado social y los llamados derechos prestacionales. La actuación prestacional de la Administración y el alcance de la tutela judicial**

La recepción de la cláusula del Estado social trae como corolario el reconocimiento de derechos fundamentales cuya efectividad requiere prestaciones a cargo del propio Estado y también de otros particulares. Derechos fundamentales que, en definitiva, propenden a materializar la existencia de condiciones efectivas —y no meramente formales— de igualdad. Nos referimos a los llamados *derechos prestacionales*, también denominados, con mucha menor precisión, *derechos sociales*.<sup>33</sup>

La Constitución de 1999, en el capítulo V de su título III, engloba precisamente los *derechos sociales*. Es un error, sin embargo, considerar que todas las normas de ese capítulo envuelven derechos sociales y que éstos sólo están comprendidos dentro de tal capítulo. Es preciso, pues, identificar cuáles son las dos notas que distinguen a estos derechos para luego proceder a su encuadre constitucional. Por un lado, estamos ante derechos cuyo goce requiere necesariamente de ciertas prestaciones; además, esas prestaciones han de encontrar su fuente en la obligación primaria derivada

---

<sup>32</sup> Equívoca calificación posteriormente abandonada por la jurisprudencia de la propia Sala Constitucional. En efecto, la sentencia n.º 825, de 6 de mayo de 2004, caso *Banco del Caribe*, abandonó la calificación de la banca como servicio público, reconociendo que dicha calificación podía en efecto ser empleada en ámbitos especiales (protección al consumidor, por ejemplo), pero sin un contenido específico definido. Sobre la concepción de la banca como servicio público en Venezuela, por todos, véase Gustavo Grau Fortoul: “Sobre la categorización jurídica de la actividad bancaria como servicio público”, en *El nuevo servicio público (actividades reservadas y regulación de actividades de interés general)*, Caracas: FUNEDA, 2002, pp. 271 ss. En general, respecto de la evolución y el estado actual del concepto de servicio público en Venezuela, nos remitimos a José Ignacio Hernández. G.: “¿Superación de la crisis conceptual del servicio público? A propósito de la sentencia de la Sala Constitucional del 29 de agosto de 2003”, en *Revista de Derecho Administrativo* n.º 17, Caracas, 2003, pp. 235 ss.

<sup>33</sup> Por todos, véase José Luis Cascajo Castro: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998, pp. 48-50 y José Ramón Cossío Díaz, *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 44-47.

de la cláusula del Estado social, cual es fomentar la existencia de condiciones materiales de igualdad, como proclama el artículo 21.2 constitucional.<sup>34</sup>

Si no se atiende simultáneamente a estos dos requisitos, el concepto de derechos prestacionales tenderá a difuminarse. Así, no todas las normas del referido capítulo V del título III comprenden a esta categoría de derechos, pues —nótese bien— no todas esas normas consagran auténticos *derechos públicos subjetivos*, esto es, facultades de obrar o poder reconocidas por el constituyente a favor de particulares. Algunas de esas normas, por el contrario, consagran mandatos referidos a los poderes públicos que no generan un verdadero derecho de prestación en cabeza de los particulares: ese derecho subjetivo sólo nacerá ante el desarrollo legislativo de tal mandato. Por ejemplo, el artículo 80 constitucional —incluido dentro del capítulo III— precisa que “[...] el Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías [...]”. Obsérvese bien que la norma no contempla un derecho subjetivo en cabeza de ciertos particulares, sino más bien contiene un mandato positivo de acción que deberá ser desarrollado por el legislador. No estamos, pues, ante ningún derecho fundamental.

No obstante, la propia Constitución da cobertura a normas que reconocen un derecho, pero en términos tales de ambigüedad que dificultan cualquier concreción directa. Ejemplo paradigmático de lo que se sostiene es el llamado derecho a la vivienda, establecido en el artículo 82 de la Constitución: toda persona —proclama la norma— tiene derecho a una “vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias”. Se trata de una norma necesitada de debida concreción, sin la cual su objeto no puede materializarse. Es por ello que en otros ordenamientos —el colombiano, en específico— se ha concluido que la tutela judicial del derecho a la vivienda sólo procede ante el deficiente funcionamiento del sistema prestacional que debe ser desarrollado por la Administración para dar cobertura a tal derecho.<sup>35</sup>

Precisamente, al socaire de los *derechos sociales o derechos prestacionales* recogidos en la Constitución de 1999, se ha planteado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia la discusión en torno a la efectividad de esos derechos. Una discusión en absoluto baladí, si se tiene en cuenta la excesiva prolijidad con la cual el constituyente dio cobertura a este tipo de derechos. Sobre ello, la sentencia n.º 1885 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de 5 de octubre de 2000, caso *José del Carmen Rojas*, subrayó la necesidad de reconocer el carácter vinculante de esta categoría de derechos:

---

<sup>34</sup> En este sentido, véase Luis Pietro Sanchís: “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n.º 22, Madrid, 1995, pp. 21-37.

<sup>35</sup> Sobre este aspecto, véase a Néstor Osuna Patiño: “El derecho fundamental a la vivienda digna, señal del Estado social de Derecho”, en *Revista Derecho del Estado* n.º 14, Bogotá, 2003, pp. 95 ss.

Ciertamente, la interpretación integral del Texto Fundamental exige un cambio de criterio respecto a la efectividad de los derechos sociales, en este sentido, no basta la intención ni la gestión promotora y propulsora de la calidad de vida de las personas, sino que el rol del Estado se encuentra comprometido a crear, prever, y satisfacer las necesidades para el desarrollo humano. Así las cosas, las potestades del Estado tienen que servir, primordialmente, para mejorar las condiciones de vida del pueblo, reducir los desequilibrios sociales, mejorar la calidad de vida de las personas, y la búsqueda de la equidad y la justicia [...].<sup>36</sup>

Nótese cómo se interrelaciona la existencia de esos derechos con la acción positiva del Estado, debida a consecuencia de la recepción de la cláusula del Estado social. Sobre este signo positivo volverá la Sala Constitucional en sentencia n.º 85, de 24 de enero de 2002, ya citada:

[...] ahora bien, como ya lo apuntó la Sala, el Estado Social desarrolla Derechos Sociales, los cuales son derechos de prestación, que persiguen básicamente actos positivos a cumplirse. Este tipo de derechos otorga a los ciudadanos una directa o indirecta prestación por parte de quien los debe, en función de la participación de los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad [...]

Derechos prestacionales como aquellos que persiguen “actos positivos”. Esta actuación positiva es referida al Estado pero también a los particulares. Entra aquí en juego el principio de la solidaridad —recogido en el artículo 135 constitucional—, que supone básicamente el reconocimiento de la potestad del Estado de imponer *cargas positivas o mandatos de hacer* en cabeza de los particulares, a fin de dar satisfacción a tales derechos prestacionales.

La sentencia de la Sala Constitucional n.º 1002, de 26 de mayo de 2004, retomó este tema a través de una afirmación, cuando menos, polémica:

Según esto, la cláusula de Estado Social de Derecho es suficiente para que el Estado, a través de su estructura administrativa, esté en constante desarrollo de un programa económico, social o cultural y concilie los intereses de la sociedad, porque esa es, precisamente, su razón de ser. Por ende, desde la cláusula no existen derechos, lo que impide afirmar que ellos, por sí mismos, estén en la esfera subjetiva del ciudadano, la aspiración de satisfacer las necesidades básicas de los individuos

---

<sup>36</sup> Otro aspecto relevante de esta decisión es que ella asume, sin resquemor, el carácter vinculante de los derechos prestacionales, afirmación soportada en el artículo 7 de la Constitución de 1999. Así, según la sentencia: “[...] la Constitución no puede consagrar cláusulas programáticas de las cuales pueden emerger derechos posteriores a la acción legislativa, ni tampoco depender de la programada actividad gubernativa sujeta siempre a la interacción de ingresos y gastos, y a la supuesta programación presupuestaria [...]”. No negamos esta afirmación. Empero, es preciso insistir en que no toda norma constitucional consagra derechos, en el sentido de que el destinatario de la actuación positiva derivada de ella es el propio Estado, de suerte tal que frente a los particulares no existe derecho público subjetivo alguno. Esta afirmación no menoscaba el carácter vinculante de tales normas; todo lo contrario, dicho carácter vinculante se afirma, pero en relación con el Estado, pues es éste —y no los particulares— el destinatario de la norma en cuestión, frente a la cual, por lo tanto, los particulares no puede invocar derechos *constitucionales* de prestación, sino, en todo caso, derechos de prestación de configuración legal.

constituye un principio orientador de la actividad administrativa, aquello que identifica a un Estado como Social de Derecho, por lo que tales programas son elementos condicionadores del fin de la actividad, califica, por así decirlo, qué debe ser entendido como interés público [...]

Desde la cláusula del Estado social no cabe afirmar la existencia de derechos subjetivos. La polémica que la expresión entraña parece no necesitar de mayor realce. Desde esta perspectiva, parecería que la Sala Constitucional, apartándose de su propia doctrina, ha considerado que los llamados *derechos sociales* carecen de virtualidad práctica, al requerir un forzado desarrollo legislativo. Incluso, su carácter vinculante parece ser degradado, al afirmarse que se trata de simples “principios orientadores”.<sup>37</sup>

En realidad, la atenta lectura del fallo en cuestión permite apurar otra interpretación. En efecto, una de las preocupaciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es precisar cuándo se está ante derechos fundamentales de contenido prestacional, tutelables ante el Poder Judicial, y cuándo se está ante una mera

---

<sup>37</sup> En realidad, la virtualidad de estos derechos siempre ha sido objeto de debate. Cf. Tomás-Ramón Fernández: “Las garantías de los derechos sociales”, en *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid: Civitas, 2000, pp. 461 ss., y Gustavo Linares Benzo: “Derechos prestacionales y separación de poderes”, en *Constitución y constitucionalismo hoy*, Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, pp. 411-428. Este autor sostiene que no todo derecho prestacional genera el correlativo deber en cabeza de los poderes públicos. Y, yendo más allá, llega a sostener: “[...] si los tribunales pueden hacer efectivas las prestaciones a que se contraen los distintos derechos de esa especie contenidos en la Constitución, de hecho van a tomar decisiones que de otro modo corresponderían a la Administración [...]”. Es decir, se retoma la tesis de la limitación del alcance de la jurisdicción contencioso-administrativa. Linares concluye: “[...] los derechos prestacionales, entendidos como derechos subjetivos constitucionales que permitirían a los Tribunales exigir de la Administración determinadas prestaciones, inclusive mediante la sustitución de estos tribunales en las decisiones administrativas, no pueden ser de recibo en un régimen constitucional. En primer lugar, violan el principio de legalidad [...] luego, ignoran la mejor posición del Ejecutivo para decidir los asuntos que le están constitucionalmente otorgados, y por último, rompen la exclusividad del binomio Legislativo-Ejecutivo [...]”. Replicar la tesis de Linares excedería muy mucho los límites de este trabajo. Basta señalar ahora la contradicción que parece envolver este planteamiento, pues, si se reconoce la existencia de derechos prestacionales como derechos subjetivos, necesariamente ha de admitirse que la propia Constitución impone en cabeza de la Administración obligaciones positivas, las cuales son, por ende, jurídicamente tutelables. Asunto muy distinto es el alcance de esas obligaciones, que podrán ser específicas —en cuanto a la prestación debida— o genéricas, caso en el cual la tutela se agotará con la obligación de la Administración de implementar los sistemas prestacionales que estime aplicables, tal y como sucede en materia de vivienda. Ciertamente apunta a que la exigibilidad debe referirse a los estándares prestacionales mínimos derivados de la cláusula del Estado social. Cf.: José Manuel Castells Arteché: “La actual coyuntura de la Administración prestadora de servicios públicos”, en *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tomo II, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 1991 ss. Un tratamiento mucho más exhaustivo de los problemas que plantean los derechos prestacionales respecto a la pasividad de la Administración, en Daniela Urosa Maggi: *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano*, Caracas: FUNEDA, 2003, p. 258.

aspiración referida al despliegue de prestaciones por parte de los poderes públicos.<sup>38</sup> En este último supuesto no tiene cabida el control judicial, sino el control político. Por el contrario, en el primer caso sí resulta viable el control judicial, al estar frente a derechos subjetivos de rango constitucional menoscabados por la omisión de los poderes públicos de atender a su debida satisfacción. Para saber cuándo se está en presencia de uno de esos derechos —sostiene la sentencia comentada— debe precisarse la existencia de “[...] *una relación jurídica perfectamente definida donde la lesión de los mismos provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un colectivo [...]*”. Es, pues, la concreción referida a la prestación constitucionalmente debida, el rasgo que caracteriza a estos derechos, los cuales sí resultan, entonces, justiciables.

Pero, aun aceptándose esta conclusión —que parte de distinguir, simplemente, entre las normas constitucionales contentivas de derechos subjetivos prestacionales y las normas constitucionales contentivas de mandatos de actuación a los poderes públicos—, la Constitución de 1999 fuerza a encarar otro problema: la existencia de derechos subjetivos reconocidos como tales por el constituyente pero carentes de cualquier concreción mínima. El derecho a la vivienda adecuada, por ejemplo, o el derecho a la prestación de la salud. A la falta de concreción de esos derechos ha de sumársele que, en virtud del principio de solidaridad reconocido en el artículo 135 constitucional, su exigibilidad puede ser pretendida incluso frente a los particulares. En necesario efectuar, pues, algunas acotaciones al respecto.

- En *primer* lugar, no cabe negar que, en estos casos, nos encontramos ante derechos públicos subjetivos. La discusión debe centrarse en otro aspecto: cuál es el *alcance* que tales derechos tienen. Un alcance que debe quedar circunscrito al derecho de los particulares a exigir al Estado la dotación del sistema prestacional necesario para dar satisfacción a ese derecho de forma mediata o inmediata. Por ejemplo, en el supuesto del derecho a la vivienda, su exigibilidad se reduce a exigir del Estado la puesta en funcionamiento del sistema prestacional que permite materializar dicho derecho.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> La distinción había sido hecha ya por la sentencia n.º 85 de la Sala Constitucional, de 24 de enero de 2002. En ese fallo se sostiene: “[...] en muchos casos la Constitución establece como derechos de prestación a figuras de imposible cumplimiento (por lo indeterminado) sin un debido respaldo legal; en estos supuestos, mientras no surja el desarrollo legislativo, no se está ante verdaderos derechos, sino frente a políticas constitucionales que requieren de otros complementos para su aplicación. Este tipo de norma, al contrario de las anteriores, no genera derechos subjetivos y muchas de ellas lo que aportan son principios [...]”.

<sup>39</sup> Como ha afirmado la sentencia n.º 2839 de la Sala Constitucional, de 19 de noviembre de 2002, caso *Caja de Ahorros y Previsión Social del Ministerio de Infraestructura (Capreminfra)*.

- En *segundo* lugar, el Estado no puede exigir, sin más, la satisfacción de estos derechos por los particulares, bajo la aplicación del principio de solidaridad. No negamos que éstos se encuentren constreñidos por el artículo 135 de la Constitución a contribuir en la satisfacción de las obligaciones que dimanen del Estado social. Pero —nótese bien— esa carga solamente es exigible en tanto ella haya sido concretada por el legislador. En otros términos, la obligación de solidaridad de los particulares no puede ser mayor ni menor que la obligación desarrollada en la ley. Si el legislador no ha impuesto como obligación a los particulares la satisfacción de tales derechos, éstos no son, pues, exigibles frente a aquéllos. Estaremos aquí ante un típico supuesto de indebido desarrollo legislativo de derechos prestacionales, controlable ante la justicia constitucional.

Lo anterior permite afirmar que en relación con los particulares y, específicamente en lo que respecta al ejercicio de la libertad económica, la satisfacción de derechos prestacionales sólo puede materializarse en limitaciones al ejercicio de la libre iniciativa privada de conformidad con lo dispuesto en la ley. Lógica consecuencia del principio de legalidad que arropa todas las restricciones de los derechos fundamentales. Ocasionalmente se ha defendido, sin embargo, otra posición: en áreas afines a derechos prestacionales, el contenido de la libertad económica se debilita. Eventualmente, y no sin cierta exageración, se ha pretendido asimilar esta situación a las llamadas *relaciones jurídicas de especial sujeción*, con la natural matización del alcance del principio de legalidad.<sup>40</sup>

Desde esta perspectiva, sería posible arbitrar restricciones a la libertad económica a fin de asegurar la satisfacción de derechos prestacionales, al margen —o con independencia— de lo establecido en la ley. Este planteamiento ha sido aceptado por la sentencia n.º 85 de la Sala Constitucional, de 24 de enero de 2002:

No es que la interpretación constitucional de lo que es el Estado de Derecho prohíba el lucro, la ganancia o la libertad negocial, lo que sucede es que a juicio de esta Sala, la creación de riqueza y su justa distribución no pueden partir de una ilimitada y desorbitada explotación de los demás, y menos en áreas que por mandato constitucional pertenecen al Estado, o donde éste otorga a particulares concesiones; o los autoriza para que exploten dichas áreas o actúen en ellas, por lo que los particulares pueden crear en estos espacios autorizados riqueza propia, pero esta creación no puede ser en detrimento de quienes entran en contacto con las actividades que se realizan en ellas, y que por ser atinentes a todos los venezolanos, mal pueden ser aprovechados por algunos en desmedido perjuicio de los otros. De allí que las ganancias que los explotadores de tales áreas puedan obtener tienen que ser proporcionadas al servicio que presten y a la idoneidad con que lo hacen.

---

<sup>40</sup> Véase el tratamiento de este punto y las críticas que sobre ello exponemos en José Ignacio Hernández G.: *La libertad de empresa...*, o. cit., pp. 606 ss.

[...]

Así como el Estado Social de Derecho, mediante la ley o la interpretación de la misma según los principios fundamentales de la Constitución de 1999, puede limitar la autonomía de la voluntad en los contratos, igualmente y dentro de parámetros legales, puede restringir la propiedad, y hasta expropiarla, si por causa de utilidad pública o interés social fuere necesario (destacado nuestro).<sup>41</sup>

Incluso, la Sala Constitucional ha llegado a equiparar el régimen de satisfacción de estos derechos por los poderes públicos con el régimen de satisfacción de esos derechos por la libre iniciativa privada:

El concepto de seguridad social consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela debe ser entendido como un sistema que abarca toda una estructura que integra entes de derecho público —sistema de asistencia y seguridad social, configurado bajo el régimen único de seguro social entendido, en su acepción tradicional— al igual que el régimen privado, cuyo objeto común es garantizar la obtención de los medios económicos suficientes para cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos titulares del derecho a pensiones y jubilaciones [...].<sup>42</sup>

Esta tesis se soporta en dos premisas básicas. La primera de ellas es que el contenido esencial de la libertad económica variará en función del mayor interés social presente en el área del quehacer económico en el que participa la libre iniciativa, lo que dependerá en buena medida de la satisfacción de derechos prestacionales. La segunda premisa atiende a la evidente matización —cuando no práctica supresión— que esta conclusión deriva para el principio de legalidad administrativa: aun en ausencia de texto expreso de ley, la Administración puede arbitrar restricciones a la autonomía empresarial si ello resulta necesario para dar satisfacción a estos derechos.

Sin embargo, no debe olvidarse que la fórmula empleada por el artículo 2 de la Constitución es la de *Estado social de derecho*, lo que impide, de plano, considerar cualquier posible colisión entre el Estado social y el Estado de derecho. Afirmación corroborada por el artículo 141 de la Constitución, el cual —sin excepción alguna— sostiene que la Administración actúa con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Aceptar la existencia de limitaciones implícitas a la libertad económica no sólo desconoce el alcance de esa subordinación plena a la ley, sino que, además, implica un debilitamiento de la libertad económica contrario a su contenido esencial.

---

<sup>41</sup> Lo importante de este fallo es que parece admitir la existencia de limitaciones implícitas a la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, que en áreas del quehacer económico de interés social, no tendría cabida dicha autonomía plena, con independencia de que existan limitaciones legales aplicables al caso. Así, para la Sala Constitucional, en “[...] las áreas de interés social, la plena autonomía de la voluntad de las partes sólo es tolerada si con ella se persigue el bienestar social, lo que significa que una parte no pretenda —fundada en la autonomía— esquilmar a la otra, como puede ocurrir en el Estado de Derecho Liberal [...]”. En todo caso, la sentencia n.º 85 nunca llega a reconocer expresamente la potestad de afectar el ejercicio de la libertad económica al margen de lo dispuesto en la Ley. Sí hay, en todo caso, importantes matizaciones al contenido esencial de ese derecho y, también, al alcance del principio de legalidad.

<sup>42</sup> Sentencia n.º 403, de 25 de enero de 2005, caso *Luis Rodríguez Dordelly*.

Con lo anterior no se pretende defender el ejercicio absoluto de la libertad económica. Es éste un planteamiento que tampoco tiene cobijo en la Constitución de 1999: no sólo la *economía de mercado* justifica la existencia de cortapisas a tal derecho; además, la propia recepción de un *sistema de justicia social* emplaza, también, a la limitación de tal derecho. No se niega que, en definitiva, hay necesidades humanas que no son “vendibles”. Empero, nada tiene que ver la aceptación del carácter *limitable* de la libertad económica con el menosprecio de la tutela de su contenido esencial y del respeto al principio de legalidad. Hay, sí, una importante acción limitadora de los poderes públicos que en todo caso no puede enervar la autonomía privada que siempre ha de insuflar el ejercicio de la libertad económica, acción que además deberá subordinarse a la ley, sin perjuicio de la necesaria —y deseada— colaboración del reglamento. Un aspecto que permite adentrarnos en otra de las aristas tratadas por la jurisprudencia de la Sala Constitucional en relación con la cláusula del Estado social.

## 5. La cláusula del Estado social y el principio de legalidad: la reaparición de la vieja controversia entre Estado social y Estado de derecho

El advenimiento del Estado social supuso, en un primer momento, cierta controversia en torno a su compatibilidad con el Estado de derecho: éste —se afirmaba— había nacido con la finalidad de proteger las libertades públicas; aquél, por el contrario, nacía con la clara finalidad de afectar el ejercicio de esas libertades, promoviendo condiciones de igualdad real. Una discusión advertida en cierto modo por H. Heller, quien apostó por compatibilizar la actuación del Estado social con el Estado de derecho. Sería ésa la fórmula aceptada. No puede negarse, pues, la acción positiva que para configurar el orden socioeconómico ha de desplegar el Estado social; lo que se exige es que *en cada caso* tal actuación se compatibilice con los cauces propios del Estado de derecho. Es ésa, en definitiva, la fórmula empleada por la Constitución de 1999, en su artículo 2: Estado *social de derecho*.<sup>43</sup>

Junto con esta conclusión cabe señalar otra. El alcance del principio de legalidad, en lo que respecta a la ordenación de la economía, no tiene carácter absoluto. La propia indeterminación de la materia a regular y su elevado carácter técnico son razones que aconsejan la flexibilización de ese principio de legalidad en favor de un mayor desarrollo normativo por parte de la Administración. Lo que se exige es que sea la ley la que aborde la regulación básica de la técnica de limitación que luego podrá desarrollar el reglamento. Ese desarrollo normativo legal básico asegura que el

---

<sup>43</sup> Sobre este planteamiento véase a Sebastián Martín-Retortillo Baquer: *Derecho administrativo económico*, Madrid: La Ley, 1991, pp. 44 ss. Respecto de la histórica oposición entre Estado social y Estado de derecho, véase Manuel García Pelayo: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, ahora en *Obras completas*, tomo II, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 1623 ss.

ejercicio de la potestad reglamentaria se realice siempre con subordinación plena a la ley.<sup>44</sup>

También esta flexibilización del principio de legalidad se ha justificado en la cláusula del Estado social. Hay aquí una clara reminiscencia de la vieja controversia entre Estado social y Estado de derecho: la promoción de condiciones reales de igualdad no puede ser obstruida por un exacerbado apego a la ley. Además, habrá que considerar que la fórmula del Estado social impone la primacía de la Administración prestacional sobre el Poder Legislativo, lo que supone, a la postre, y como ya se observó, una matización del principio de legalidad.<sup>45</sup>

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se decantaría por esta última corriente, al justificar el debilitamiento del principio de legalidad en el contexto del Estado social. La primera decisión en la cual sostuvo esta tesis fue la sentencia n.º 1613, de 17 de agosto de 2004, caso *Henry Pereira Gorrín*. Ese debilitamiento es soportado con el fácil discurso de las trabas que para la acción social del Estado implica la sujeción a derecho de los poderes públicos:

Por otra parte, la consagración del Estado Social de Derecho, aunado al carácter normativo de las Constituciones modernas, requiere del Poder Público la adopción de medidas que posibiliten la promoción del desarrollo económico y social, que implica la intervención estatal en la sociedad, especialmente en el ámbito económico. Ello así, la extensión de la reserva legal a todas las materias que pudieran afectar los derechos e intereses de los particulares, dificultaría el cumplimiento de la actividad estatal prestacional ordenada por la Constitución, por lo cual, ésta debe limitarse a lo que la propia Norma Fundamental haya previsto al respecto, sin posibilidad de una interpretación que la extienda a todos los ámbitos de actuación del Poder Público.

Debilitamiento anclado también en el origen democrático del Poder Ejecutivo y, dentro de él, de la Administración prestacional:

En tal sentido, es importante aclarar que la figura de la reserva legal viene dada por la consagración constitucional de determinadas materias para ser reguladas sólo mediante ley, excluyendo de su ámbito, con mayor o menor intensidad, a las demás normas jurídicas. Empero, el instituto de la reserva legal ha sufrido cambios en la fundamentación de su funcionalidad. Así, en el Estado liberal su finalidad se basaba en obtener el consentimiento de la representación parlamentaria para regular las materias que afectaban esencialmente a los ciudadanos, en virtud de la falta de legitimación democrática del Poder Ejecutivo, representado por el monarca. Posteriormente, el paso del Estado Liberal al Estado Social de Derecho y la aparición de regímenes democráticos, en los cuales el Poder Ejecutivo es elegido en sufragios

---

<sup>44</sup> Por todos, Eduardo García de Enterría: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid: Civitas, 1998, pp. 213 ss.

<sup>45</sup> Véase Joaquín Tornos Mas: "La relación entre la Ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", en *Revista de Administración Pública* n.º 100-102, Madrid, 1983, pp. 497 ss. Véase también a César David Ciriano Vela: *Principio de legalidad e intervención económica*, Barcelona: Atelier Administrativo, 2000, pp. 112-113.

universales y directos o en el seno del propio Parlamento, produjo una alteración de los presupuestos básicos que fundamentaban la reserva legal, ya que su utilidad no puede justificarse en la oposición de límites normativos al Ejecutivo no representativo de los intereses sociales [...]

La conclusión es retomada por la sentencia de la Sala Constitucional n.º 2164, de 14 de septiembre de 2004, caso *Nulidad de la Ley de Mercados de Capitales*, la cual reduce expresamente el alcance de la reserva de ley, base del principio de legalidad:

Por ello, la reserva de ley implica una intensidad normativa mínima sobre la materia que es indisponible para el propio legislador, pero al mismo tiempo permite que se recurra a normas de rango inferior para colaborar en la producción normativa más allá de ese contenido obligado. El significado esencial de la reserva legal es, entonces, obligar al legislador a disciplinar las concretas materias que la Constitución le ha reservado.

La conclusión es en todo caso atemperada por la propia sentencia, al admitirse que no puede la ley renunciar a abordar la regulación básica de la materia de la reserva legal, pues sólo ello asegura un ejercicio subordinado y no independiente de la potestad reglamentaria.<sup>46</sup> Con todo, y sin embargo, las dos sentencias comentadas justifican la matización del principio de legalidad en la necesidad de dotar de mayor libertad de acción a la Administración. Cualquier recelo frente a ese mayor margen pretende ser de inmediato apaciguado con el realce del origen democrático de la Administración.

Hay aquí, sin embargo, una falsa comparación de la que conviene dar cuenta, especialmente por las graves implicaciones que ella trae. No se niega, por supuesto, que el Poder Ejecutivo —y con él, la Administración— tenga origen democrático. Mas ello no implica, en absoluto, una degradación de la reserva legal: es enfático el artículo 141 de la Constitución al recodar que la Administración vicarial actúa con sometimiento pleno a la ley y al derecho. El origen democrático de la Administración —Eduardo García de Enterría— supone un reforzamiento del principio de legalidad, y nunca, jamás, su matización.<sup>47</sup> En especial, por cuanto la Administración *no representa al pueblo*: esa representación es privativa de la ley. La Administración, por el contrario, *sirve a los ciudadanos con objetividad*, esto es, *se encuentra al servicio subordinado del interés general*.

<sup>46</sup> Se trata, en efecto, de la clásica limitación impuesta a la colaboración del reglamento con la ley, especialmente en la ordenación de la economía. Conforme a la sentencia de la Sala Constitucional citada, dicha reserva “[...] no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas sublegales, siempre que tal cometido no haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, por lo que no son admisibles las llamadas ‘deslegalizaciones’ que se traducen en cláusulas generales que dejan en manos de otros órganos del Poder Público, sin directrices ni objetivos, la responsabilidad de regular materias reservadas a la ley [...]”.

<sup>47</sup> La Administración no representa al pueblo: ésa es función privativa de la ley. Es por ello que, con meridiana claridad, el artículo 141 constitucional pregona que la Administración siempre actúa subordinada a la ley, manifestación de la voluntad popular. Cf.: Eduardo García de Enterría: “La democracia y el lugar de la ley”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n.º 140, Caracas, 2002, p. 77.

Ese carácter servicial entronca, indudablemente, con la configuración constitucional de la Administración prestacional: el servicio a los ciudadanos es, también, servicio al interés social. Configuración constitucional de la Administración aportadora de prestaciones esenciales que justifica, sí, la mayor densidad normativa del reglamento frente a la ley. Mas ello no contradice, ni puede contradecir, el carácter subordinado de la actividad administrativa, incluso, de prestación. No hay, no puede haber, antinomia entre el Estado social y el Estado de derecho. Tampoco esa aparente colisión puede justificarse en la fórmula del *Estado democrático*, pues esa configuración abona en favor de la vigencia del Estado de derecho, y no, como pretende derivarse, en favor de una actuación no subordinada de la Administración: la que legitima el actuar de la Administración es la ley, no su fundamento democrático.