

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL ESTADO SOCIAL *

JAVIER PEREZ ROYO

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN LA DOCTRINA ALEMANA.—EL ESTADO SOCIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL.—LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SOBRE EL ESTADO SOCIAL: Referencias positivas. Referencias negativas. Referencia mixta.—CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

En la conferencia sobre «La Constitución como fuente del Derecho», pronunciada en las jornadas organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado en 1979, y refiriéndose a la recepción de la garantía del «contenido esencial» del artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn por nuestra Constitución (1), RUBIO LLORENTE ponía de manifiesto cómo «por estas y otras vías» la Constitución nos obliga a los juristas españoles a «germanizarnos» (2). Obviamente una de estas «otras vías» es la del Estado Social de Derecho, de la que he de ocuparme.

En efecto, como es bien sabido, la expresión Estado Social de Derecho arranca del constitucionalismo alemán posterior a la segunda guerra mundial, de las constituciones de algunos *Länder* inicialmente (3) y de la Ley Fundamental de Bonn después, la cual, en dos artículos singularmente importantes,

* Texto de la conferencia pronunciada en la Universidad «Menéndez y Pelayo» en el verano de 1983.

(1) F. RUBIO LLORENTE: «La Constitución como Fuente del Derecho», en *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*. Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales. T. I, p. 49-74, Madrid, 1979.

(2) F. RUBIO LLORENTE: *Op. cit.*, p. 67.

(3) Constituciones de Baden-Württemberg, artículo 23,1; de Baviera, artículo 3,1; de Bremen, artículo 65; de Hamburgo, artículo 3,1.

el 20 y el 28, aunque no utiliza expresamente el concepto «Estado Social», sino solamente el adjetivo «social» (4), establece, según opinión que es hoy pacífica en la doctrina (5), que el principio de Estado Social es uno de los principios estructurales básicos a los que tiene que responder el orden constitucional de la República Federal de Alemania en general, así como el de los *Länder* en particular (6).

Con ello se consagraría lo que, en palabras de uno de los más autorizados comentarios de la GG, es simultáneamente «una de las formulaciones más esenciales de la GG» (7) y «el principio político y jurídico-constitucional más polémico todavía hoy de todo el panorama político de la República Federal de Alemania» (8), principio cuya interpretación y concreción, por lo que al contenido se refiere, depara las mayores dificultades al intérprete de la Constitución y en especial a la justicia constitucional (9).

No es de extrañar, en consecuencia, que la preocupación por el tema haya sido constante en la comunidad científica alemana y que ello se haya traducido en una literatura jurídica inmensa, que no ha dejado de producirse desde los primeros años de vigencia de la GG hasta nuestros días (10). De ahí que, cuando se ha de enfrentar el tema en relación con una constitución como la española, con pocos años de vigencia y con la doctrina de un Tribunal Constitucional que apenas si lleva tres años de actividad, parezca obligado proceder antes que nada a ese ejercicio de «germanización» al que RUBIO LLORENTE nos incitaba.

(4) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ: *Grundgesetz-Kommentar*. Bd. II, München, 1976-1980 (años entre los cuales están redactadas las páginas dedicadas al artículo 20 GG, obra de HERZOG), p. 303; K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, München, 1977, p. 682.

(5) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ: *Op. cit.*, p. 303; K. STERN: *Op. cit.*, p. 682.

(6) El artículo 20 es el que define a la RFA como un «Estado social federal», y el 28, el que impone que el orden constitucional de los *Länder* tiene que responder a los principios «del Estado social de Derecho en el sentido de esta Ley Fundamental».

(7) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ: *Op. cit.*, p. 303.

(8) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ: *Op. cit.*, p. 303.

(9) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ: *Op. cit.*, p. 303.

(10) Se podría diferenciar en grandes líneas tres fases en la literatura sobre el tema: una primera, durante los primeros años de vigencia de la GG y que cubre hasta mediado de los sesenta, dedicada a precisar el carácter y el alcance de la fórmula Estado Social, muy bien ilustrada por el volumen editado por E. FORSTHOFF: *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt, 1968; una segunda, en la que el tema, a partir de la mitad de los sesenta, se trata en relación con el de la «planificación», sobre el que puede consultarse la obra de K. STERN: *Grundfragen der globalen Wirtschaftssteuerung*, Berlín, 1969, y también su *Staatsrecht*, Bd. I, páginas 703 y ss.; y una tercera, en la que se pone el énfasis en el tema de la «crisis» y de sus posibles repercusiones sobre el Estado Social de la GG, de la que el comentario de HERZOG al artículo 20 en la obra codirigida por MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, ya citada, sería un buen ejemplo.

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN LA DOCTRINA ALEMANA

A finales del siglo pasado, y refiriéndose al concepto de Estado de Derecho, OTTO MAYER escribía: «La palabra ha surgido una vez que la cosa estaba ya en marcha. Debe designar algo que no existe todavía, que, en cualquier caso, no existe como algo acabado, que tiene que convertirse en tal todavía. Por eso oscila, varía, tanto el concepto, porque todo el mundo se siente inclinado a introducir en él sus ideales jurídicos» (11).

Pienso que recordar estas palabras puede ser útil por dos motivos:

En primer lugar, porque con el Estado Social ocurre, por lo menos en la misma medida en que ocurrió con el Estado de Derecho, que el hecho precede al concepto y que éste es una expresión relativamente tardía para un fenómeno que venía manifestándose desde muchas décadas antes (12).

Pero, en segundo lugar, y sobre todo; conviene recordarlas en estos momentos en los que se tiende a contraponer el Estado de Derecho al Estado Social, resaltándose el carácter de fórmula cerrada y precisa del primero frente al de fórmula abierta, vaga e imprecisa del segundo, como si esto hubiera sido así siempre, olvidándose que el Estado de Derecho ha necesitado de un período de casi ciento cincuenta años para «precisarse» en la forma en que hoy lo entendemos (13), en tanto que el Estado Social en cuanto fenómeno jurídico-constitucional, tiene un período de existencia de poco más de treinta años.

Con esto no quiero, en modo alguno, afirmar que con el simple paso del tiempo tenga que ocurrir con el Estado Social lo que ocurrió con el Estado de Derecho, aunque sí convenga recordar que el momento de formalización jurídica de cualquier problema político exige un notable grado de maduración del mismo. Transformar un problema político en uno jurídico ha sido, por lo general en Europa —a diferencia en buena medida de lo que ocurrió en los Estados Unidos de América, que tanto llamó la atención de TOCQUEVILLE (14)— un proceso largo y no exento de retrocesos, sobre todo cuando lo que está en juego es de importancia para el conjunto de las fuerzas sociales. Así ha ocurrido con numerosas instituciones de nuestro Derecho público (15). Y no es de extrañar, en consecuencia, que también ocurra a propósito del Estado Social.

(11) OTTO MAYER: *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. I, 1985, p. 61.

(12) A ello se refería expresamente FORSTHOFF, «Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates», en *Rechtsstaatlichkeit...* p. 164: «Si el Estado Social no fuera una realidad, el Estado Social de Derecho no sería un problema jurídico-constitucional».

(13) E. W. BÖCKENFÖRDE: «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs», en *Staat Gesellschaft-Freiheit*, Frankfurt, 1976, pp. 65-93.

(14) ALEXIS DE TOCQUEVILLE: *De la Démocratie en Amérique*, Oeuvres complètes, T. I, Paris, 1961, pp. 99 y ss.

(15) Sin ir más lejos con la propia Constitución, tema al que de pasada pero muy correctamente F. RUBIO LORENTE, «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la Jurisdicción Constitucional», en *REDC*, número 4, pp. 54-55. Esta

Con todo, no se puede desconocer la diferencia que existe entre las dificultades que se interponían en el camino de la «supresión de los ideales jurídicos» que impedían la concreción jurídica del Estado de Derecho o, para decirlo de manera más precisa, las dificultades que se interponían en el camino de la *reducción de los distintos ideales jurídicos a un común denominador fijado jurídicamente de manera precisa*, que es lo que finalmente se conseguiría con el concepto de Estado Democrático de Derecho (16), y las que se interponen en el mismo camino respecto del Estado Social.

Ciertamente en el propio carácter del Estado en cuanto forma política histórica que surge con la «revolución burguesa» (17) están ya implícitas las características de lo que hoy se entiende por Estado de Derecho —el rechazo de toda fundamentación transpersonal del poder, la reducción del Estado a una «institución social», la afirmación de la igualdad y, como consecuencia de ella, de la libertad de todos los individuos, la desvinculación del poder político de la propiedad y el consiguiente carácter «representativo» del Estado, la reducción de intermediarios entre el ciudadano y el Estado y la unificación del poder, el derecho como producto de ese poder único y, por lo tanto, él mismo como un orden unitario, coherente y completo (18)—, hasta el punto de que el proceso de «concreción» del Estado de Derecho puede entenderse en cierta medida como el proceso de remoción de obstáculos que impedían que el Estado fuera jurídicamente lo que conceptualmente debería ser (19).

Por el contrario, esto no ocurre con el Estado Social. El proceso en este caso es más bien el inverso. No se trata de eliminar los obstáculos heredados de la organización social y política anterior, sino de responder a las exigencias generadas por el propio desarrollo de la sociedad nueva, de la sociedad civil. El proceso de constitución del Estado de Derecho era en buena medida el proceso de liberación de la sociedad civil de las ataduras del antiguo régimen (20). El Estado Social hace referencia a la sociedad civil totalmente liberada y que se mueve según sus propias leyes.

cuestión la he desarrollado detenidamente en un estudio sobre «La Reforma de la Constitución», realizado en cumplimiento de uno de los «Contratos de Investigación», concedidos por el Centro de Estudios Constitucionales en 1982.

(16) El elemento democrático, la reconducción de la voluntad del Estado a la mayoría generada a partir de la propia sociedad, que desde un punto de vista estrictamente lógico debería haber sido el elemento inicial del Estado de Derecho, ha sido históricamente el último, el cual sólo se afirma de manera general bien entrado el siglo XX.

(17) J. PÉREZ ROYO: *Introducción a la Teoría del Estado*, Barcelona, 1981.

(18) Prácticamente todos estos elementos están ya en los clásicos de la Teoría del Estado y fundamentalmente en la obra de HOBBS, de cuyo Leviathan se han extraído las características mencionadas en el texto.

(19) El tema lo trata BÖCKENFÖRDE en el artículo citado en la nota 13, en el que señala cómo se va poniendo progresivamente el énfasis por la Teoría del Estado de Derecho en aquello que queda por conseguir, en ir eliminando las esferas que permanecían inmunes al control mediante formas jurídicas.

(20) H. BOLDT: *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, Düsseldorf, 1975, plantea expresamente el proceso de constitución del Estado en este sentido.

Desde un punto de vista político la cuestión está relativamente clara. Con los datos de que hoy se dispone, pienso que se puede afirmar de manera pacífica que ha sido el propio desarrollo de la sociedad industrial el que ha conducido: 1.º A la separación prácticamente absoluta de los individuos de sus condiciones inmediatas de trabajo y de subsistencia, de tal suerte que el ser humano en cuanto individuo se reproduce no en el intercambio con la naturaleza, sino en el intercambio con la sociedad (21) y, en consecuencia, depende en su vida ordinaria cada vez en mayor medida de prestaciones sociales, de prestaciones suministradas por el representante de la sociedad, por el Estado (22); 2.º A la socialización del proceso productivo, como resultado de lo cual aumentan las condiciones generales de la producción individual que tienen que ser suministradas por la sociedad en su conjunto, es decir, por el Estado, lo cual conduce al consiguiente incremento de la actividad estatal y a la importancia cada vez mayor del sector público (23), y 3.º A la creación de un orden mundial, planetario, en el que el tema de la seguridad interna aparece inextricablemente unido al de la seguridad exterior, a las relaciones internacionales, con el consiguiente reforzamiento del poder del Estado (24).

Este es el proceso histórico que subyace al Estado Social y es un proceso que, con las peculiaridades históricas lógicas de cada formación social, se ha

(21) FORSTHOFF utiliza para designar este proceso la distinción entre «espacio vital dominado por el individuo», y «espacio vital efectivo» («Verfassungsprobleme des Sozialstaats», en *Rechtsstaatlichkeit...*, pp. 146 y ss.), poniendo de manifiesto el cambio que se ha producido en la relación entre ambos desde el siglo XIX y que ha conducido a la práctica desaparición del primero y a la extraordinaria ampliación del segundo. En realidad, se trata de una idea antigua. Tanto que MARX dice en *Las Teorías sobre la Plusvalía* (MEW, T. 26, I, p. 11, Berlín, 1967), a propósito de sir JAMES STEUART, que uno de los motivos por los que tiene que ser incluido entre los fundadores de la Economía Política es por su comprensión del proceso de constitución histórica del capital como proceso de separación de los trabajadores directos de sus condiciones de trabajo.

(22) FORSTHOFF: *Verfassungsprobleme...*, pp. 147 y ss.

(23) La realidad ha ido superando de manera ininterrumpida los límites que los economistas consideraban que podía alcanzar el sector público. En 1926, KEYNES estimaba imposible «desde un punto de vista político» que los gastos públicos pudieran alcanzar el 25 por 100 del producto nacional (KEYNES, *Essais de persuasion*, París, 1933, p. 74. Se trata de una «Carta abierta» al ministro francés de Finanzas dirigida en 1926). Hoy en día esa cifra parece casi ridícula en la mayor parte de los países industrializados.

(24) PIERRE ROSANVAILLON, *La Crise de l'Eiat-providence*, París, 1981, pp. 28-30. «Si el Estado-providencia progresa a saltos, especialmente con ocasión de las crisis, es porque estos períodos constituyen tiempos de prueba a favor de los cuales se produce una reformulación más o menos explícita del contrato social. La experiencia de la guerra es particularmente significativa... Si el Estado-providencia se reafirma y se extiende en la experiencia del conflicto armado, es porque parece como si la sociedad volviera a sus orígenes imaginarios, a la formulación del pacto social. El cambio simbólico del contrato original entre los individuos y el Estado se reafirma en estos períodos. La deuda de protección contraída por el Estado se enuncia en estos momentos de manera más visible (véase, por ejemplo, todo el problema de la deuda contraída con las víctimas de la guerra, que ha jugado un papel histórico decisivo en la constitución de los sistemas de protección social)».

producido en todos los países de nuestro ámbito histórico y cultural (25). Aquí no parece que existan grandes discrepancias. Los problemas surgen a la hora de traducir este proceso en fórmulas jurídicas, y más todavía si se trata de fórmulas jurídico-constitucionales, pues es lógico que todo el mundo intente primero traducir sus ideales políticos en ideales jurídicos, y procure, después, incluir tales ideales jurídicos en la fórmula del Estado Social. Por eso pienso que las palabras de OTTO MAYER citadas anteriormente son plenamente suscribibles para definir la situación actual, por lo que al Estado Social se refiere.

Ello no quiere decir, sin embargo, que en el curso de estos decenios no se hayan decantado unas posiciones básicas en torno a las cuales se pueden agrupar las diversas teorías individuales acerca del Estado Social, así como, sobre todo, que no se haya producido una interpretación bastante coherente de la cláusula del Estado Social de la GG por parte del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Y de ahí que si, a primera vista, la inmensa literatura sobre el tema puede producir una cierta perplejidad e inducir a confusión, en la práctica esa primera impresión puede ser superada con una lectura más atenta (26).

Hay, ante todo, una serie de puntos en los cuales la coincidencia de posiciones en la doctrina es prácticamente absoluta. Serían los siguientes:

1.º Situar los orígenes de la teoría del Estado Social en el pensamiento reformista conservador del siglo pasado y de manera muy particular en la obra de LORENZ VON STEIN (27).

2.º Resaltar la multiplicidad y la diversidad de fuentes de las cuales la fórmula del Estado Social puede reclamarse, lo cual facilitó notablemente su inclusión en la GG (28).

3.º El carácter que tiene la fórmula en la GG, la cual, a diferencia de lo que ocurre con los otros principios estructurales del orden constitucional, carece de «normas de desarrollo» en el propio texto constitucional, apareciendo, por lo tanto, escuetamente en cuanto tal principio sin ulterior especificación (29).

(25) Ch. STERCK: «Ist der kategorische Imperativ ein Prinzip des Sozialstaates?», en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1981, Heft 5, p. 97. Habla del «Estado Social» como de un «fenómeno de la civilización occidental en su conjunto».

(26) Una reseña de esa literatura, limitada fundamentalmente a la incluida por FORSTHOFF en el volumen *Rechtsstaatlichkeit...*, la ofrece L. PAREJO ALFONSO, *Estado Social y Administración Pública*, Madrid, 1983, pp. 34 y ss.

(27) BÖCKENFÖRDE: *Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat*, en el volumen citado en la nota 13, pp. 146-185; ROMAN SCHNUR (Hrsg): *Staat und Gesellschaft. Studien über Lorenz von Stein*. Berlín, 1977, en especial el trabajo de K. H. KÄSTNER: *Von der sozialen Frage über den sozialen Staat zum Sozialstaat*, pp. 381-402.

(28) K. STERN, *Op. cit.*, pp. 686 y ss.

(29) El concepto «normas de desarrollo» procede de HERZOG en el comentario al artículo 20, en MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, *Op. cit.*, p. 308.

Las discrepancias se centran fundamentalmente en el alcance de la fórmula Estado Social en el sistema constitucional de la República Federal de Alemania, cuestión en torno a la cual pueden delimitarse básicamente dos posiciones.

La primera, absolutamente minoritaria, ejemplificada inicialmente por la posición de ABENDROTH (30) (prescindimos de la teoría de IPSEN, ya que el propio autor la ha modificado en escritos posteriores) (31) y con desarrollos ulteriores por parte de RIDDER (32), SUHR (33), RÖNER (34) o KUTSCHA (35), según la cual el principio de Estado Social debe significar una extensión del principio democrático y singularmente del principio de igualdad de la esfera del Estado a la esfera de la sociedad, lo cual puede suponer, en combinación con el artículo 15 de la GG, la posibilidad de modificaciones importantes en los principios de constitución económica de la sociedad (36). Todo ello, naturalmente, bajo la premisa indiscutida de que los ritmos de un tal proceso tendrían que ser fijados mediante formas políticamente democráticas (37), pero admitiéndolo como posible y como coherente con la GG, justamente a partir del principio del Estado Social.

La segunda, absolutamente mayoritaria, tiende a negar esa posibilidad de transformación de los principios de constitución económica de la sociedad a partir de la cláusula del Estado Social y pretende más bien presentar a dicho Estado como un «tipo» específico de organización política equidistante tanto del Estado capitalista liberal clásico como de los Estados fascistas o de la Europa oriental. Para decirlo con palabras de KLAUS STERN: El principio de Estado Social es «la respuesta de largo alcance de una constitución estatal a los problemas de una sociedad de masas, pluralista, articulada en base a una división del trabajo técnico-industrial; respuesta que se mantiene equidistante

(30) W. ABENDROTH: «Zun Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland», en Forsthoff (Hrsg) *Rechtsstaatlichkeit...*, páginas 114 y ss.

(31) Inicialmente en su intervención en la Reunión de los Profesores Alemanes de Derecho del Estado en 1951. IPSEN interpretaba la cláusula del Estado Social como un mandato del constituyente que, en relación con el estatuto de la propiedad, significaba una «Configuración nueva y diferente del imperio de la propiedad, que podía conducir hasta una nueva distribución de la misma» [Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL 10 (1952) p. 75]. Sin embargo, en su trabajo *Gebundene Sozialstaatlichkeit* (Festschrift für K. ZWIGERT, Tübingen, 1981), afirma que «resulta más que dudoso, que del principio de Estado Social se pueda deducir un mandato y una competencia a favor del Estado para modificar en lo fundamental la situación de la sociedad», p. 754.

(32) H. RIDDER: *Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart, 1960; NACHWORT: en O. E.; KEMPEN (Hrsg): *Sozialstaatsprinzip und Wirtschaftsordnung*, Frankfurt, 1976.

(33) D. SUHR: *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Der Staat 9 (1970).

(34) P. RÖNER (Hrsg): *Der Kampf um das Grundgesetz*, Frankfurt, 1977.

(35) M. KUTSCHA: Vom zeitgemässen Sozialstaatsverständnis, *Kritische Justiz*, 1982, Heft 4.

(36) W. ABENDROTH: *Op. cit.*, pp. 123 y 127-128.

(37) W. ABENDROTH: *Op. cit.*, p. 127.

tanto del principio del *laissez-faire, laissez-aller*, como de los conceptos del Estado totalitario nacionalista o socialista. No se trata del triunfo de una restauración burguesa, sino de un equilibrio razonable entre el liberalismo excesivo y el colectivismo de procedencia socialista o comunista» (38).

Dentro de esta concepción de base general se han planteado, sin embargo, diferencias, centradas fundamentalmente en los dos siguientes extremos: primero, la compatibilidad del Estado de Derecho con el Estado Social, y segundo, el carácter jurídico o no de la fórmula constitucional Estado Social.

Ambas cuestiones fueron suscitadas por primera vez por una polémica intervención de FORSTHOFF en la Reunión Anual de los Profesores Alemanes de Derecho del Estado de 1953 (39). Según FORSTHOFF, el «problema central» (40) del debate era el de si el Estado Social podía ser considerado o no como «un componente de nuestro Derecho Constitucional» (41). Problema que FORSTHOFF resolvía resaltando la incompatibilidad del Estado de Derecho y del Estado Social *a nivel constitucional* y admitiendo la eficacia de la fórmula sólo *a nivel infraconstitucional*, es decir, en el terreno de la legislación y, sobre todo, de la Administración. Pues, como él decía, «prácticamente todas las instituciones de nuestro Derecho público que han caracterizado al Estado como Estado Social, son el resultado de la legislación y la administración» (42).

Pues el Estado de Derecho, en su estructura aseguradora de la libertad, está vinculado a garantías inmediatas e insoslayables de tal libertad y en especial a la triada que integran la igualdad jurídica, la libertad de industria y la propiedad, principios todos que tienden a poner el énfasis en la defensa de los individuos frente al Estado. Por el contrario, las «garantías de naturaleza jurídico-social van ante todo en la dirección no de fijar límites, sino en la de prestaciones positivas, no en la de la libertad, sino en la de la participación» (43).

En consecuencia, «el Estado de Derecho y el Estado Social son, por la propia naturaleza de lo que pretenden conseguir, completamente distintos, por no decir que son contradictorios» (44). Ambos se caracterizan por instituciones, formas y conceptos que son absolutamente inconciliables. De ahí que, a nivel de los principios, es decir, a nivel constitucional, sea preciso optar por uno u otro. FORSTHOFF opta por el Estado de Derecho como un componente esencial del sistema constitucional de la GG, negándole tal carácter al Estado Social. «La fórmula "Estado Social", dice, *no es un concepto jurídico* en el sentido de que designa un concepto particular de

(38) K. STERN: *Op. cit.*, p. 692.

(39) E. FORSTHOFF, BEGRIFF...: En *Rechtsstaatlichkeit...*, pp. 165 y ss.

(40) E. FORSTHOFF: *Op. cit.*, p. 166.

(41) E. FORSTHOFF: *Op. cit.*, p. 166.

(42) E. FORSTHOFF: *Op. cit.*, p. 171.

(43) E. FORSTHOFF: *Op. cit.*, p. 178.

(44) E. FORSTHOFF: *Op. cit.*, p. 179.

Estado de Derecho de cuño institucional propio y de contenido material específico. Exclusivamente a partir de esta fórmula no se pueden fundamentar ni derechos ni obligaciones, ni deducir instituciones (como el derecho de cogestión)» (45). La fórmula Estado Social *no afecta a la forma estructural de la República Federal... Estado de Derecho y Estado Social, en consecuencia, no se mezclan a nivel constitucional* (46). Únicamente en la vinculación de la constitución con la legislación y la administración se articulan el Estado de Derecho y el Estado Social. «Aquí, como descripción general que determina el tipo de Estado, el Estado Social tiene su plena justificación» (46 bis).

Con la Constitución del Estado, con el Estado de Derecho, se alcanza la «forma» de la libertad. Y esto es lo máximo que se puede conseguir a nivel constitucional. El «contenido» de la libertad tiene que caer fuera de la Constitución, ya que «una Constitución», dice FORSTHOFF apoyándose en Smend, «no puede ser una ley social» (47). Esta es la tarea de la legislación en primer lugar y de la administración después.

En términos generales, se puede afirmar que esta postura de FORSTHOFF se ha mantenido como una postura minoritaria, por no decir solitaria (48). La práctica totalidad de los autores alemanes afirman tanto la compatibilidad de las fórmulas de Estado de Derecho y Estado Social como el carácter jurídico de esta última. Así en el comentario a la GG dirigido por INGO VON MÜNCH se dice tajantemente que el Estado Social «no es ni un concepto en blanco carente de sustancia ni se le puede negar carácter jurídico» (49), tratándose de «derecho inmediatamente vinculante» (50). En el dirigido por MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ se afirma que «no se trata de una norma programática, sino de una auténtica directriz de la actividad estatal que vincula a todos los poderes públicos» (51). Y KLAUS STERN, en el apartado dedicado a la naturaleza jurídica del Estado Social, dice textualmente: «Ya desde época muy temprana fue refutada la tesis del carácter programático y reconocida la cualidad jurídica del principio del Estado Social. En las observaciones previas a este capítulo el principio del Estado Social es incluido entre los *principios estructurales*. Con ello se clarifica ya que es más que un principio político rector sin posibilidad de sanción judicial. Se trata de una decisión de valor jurídico-constitucional, que es susceptible de ser concretada y que necesita ser concretada, pero *posee carácter jurídico* y es, por lo tanto, vinculante para todos los poderes del Estado» (52). Las citas podrían multiplicarse. Pero no creo que sea necesario.

(45) E. FORSTHOFF: *Op. cit.*, pp. 188-189.

(46) E. FORSTHOFF: *Op. cit.*, pp. 191-192.

(46 bis) E. FORSTHOFF: *Op. cit.*, p. 192.

(47) E. FORSTHOFF: *Op. cit.*, p. 180.

(48) «Singulär» es el término que utiliza K. STERN: *Op. cit.*, p. 689.

(49) INGO VON MÜNCH (Hrsg): *Grundgesetz-Kommentar*, München, 1975, Bd. I, p. 627.

(50) INGO VON MÜNCH: *Op. cit.*, p. 627.

(51) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ: *Op. cit.*, p. 304.

(52) K. STERN: *Op. cit.*, p. 713.

Sin embargo, estas discrepancias teóricas no se traducen en la práctica en casi nada. Las consecuencias que se extraen no son muy distintas. Esto ya se ponía de manifiesto en las cautelas que se anteponían o que seguían a esas afirmaciones tan tajantes acerca de la naturaleza jurídica de la fórmula Estado Social y de su compatibilidad con el Estado de Derecho (53). Pero, sobre todo, se expresa en una serie de coincidencias en la doctrina, básicamente deducidas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que pueden cifrarse en los siguientes puntos:

1.º En que de la cláusula del Estado Social no es posible deducir pretensiones jurídicas inmediatas por parte de los ciudadanos (54).

2.º Que es en el desarrollo legislativo del Estado Social donde la fórmula desarrolla su eficacia práctica (55).

3.º En la reducción de la cláusula del Estado Social en buena medida a un simple elemento de interpretación de las normas infraconstitucionales y a un criterio orientador de la actividad de los poderes públicos (56).

4.º En la interdependencia que se establece entre la efectividad de la fórmula Estado Social y la coyuntura económica (57).

En general, se puede afirmar que la doctrina dominante tiende a resaltar el carácter restrictivo con que ha de orientarse la interpretación de la cláusula del Estado Social (58), interpretación que debe evitar que se generen ilusiones que después resultan imposibles de cumplir (59). Y en este contexto es de destacar cómo algún autor ha llegado incluso a resucitar el imperativo categórico kantiano como un principio que debe presidir la relación del ciudadano con el Estado Social, no sobrecargando a éste con demandas (en el terreno de la sanidad, del desempleo, de las pensiones, etc.), que serían innecesarias con un comportamiento más «razonable» y «responsable» de los ciudadanos (60).

(53) Así, en el comentario dirigido por VON MÜNCH se hace referencia a la «imagen menos precisa» que se tiene del concepto de Estado Social en comparación con el de Estado Democrático, resaltándose su «relativa indeterminación por lo que al contenido se refiere», lo cual «resulta de la peculiaridad de la expresión Estado Social como tipo, el cual, dado el escaso tiempo de praxis del mismo, sólo puede ser aprehendido empíricamente en sus puntos fuertes» (p. 627; en el de MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ se resaltan las «dificultades casi insuperables» que presenta la interpretación del Estado Social (p. 303 y 308), y K. STERN afirma que «el principio de Estado Social está fijado en la Ley Fundamental como una cláusula general, como una norma en blanco no concretada y no detallada. Esto dificulta, no sólo la aprehensión de su contenido, sino también la determinación de su naturaleza y del círculo de sus destinatarios» (página 713).

(54) K. STERN: *Op. cit.*, p. 714.

(55) K. STERN: *Op. cit.*, pp. 714-715.

(56) K. STERN: *Op. cit.*, p. 715.

(57) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ: *Op. cit.*, p. 310.

(58) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ: *Op. cit.*, p. 310.

(59) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ: *Op. cit.*, pp. 310-311.

(60) Ch. STARCH: *Op. cit.*, pp. 99-101.

Esta línea de argumentación es cada vez más frecuente, vinculada, como no podía dejar de ocurrir, a la crisis del Estado Social que se ha agudizado en todos los países industriales a partir de mediados de la década de los setenta. El tono en que se habla del Estado Social ha variado en la doctrina alemana considerablemente respecto al que era habitual en las décadas de los cincuenta y los sesenta. (61).

EL ESTADO SOCIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL:

Las referencias al Estado Social que se contienen en la jurisprudencia del TCF son numerosas y los términos en los que dicho Tribunal se expresa parecen, a primera vista, no sólo elocuentes, sino contundentes. Esto puede conducir a una cierta sobrevaloración de dicha jurisprudencia e incluso a un entusiasmo inmoderado acerca del alcance que el TCF atribuye a la fórmula del artículo 20 de la GG.

Dicho entusiasmo, sin embargo, puede trocarse fácilmente en lo contrario, cuando no en una posición claramente cinica a propósito de dicha jurisprudencia, desde el momento en que esas afirmaciones tan contundentes del TCF se insertan en el texto íntegro de la sentencia dentro de la cual han sido pronunciadas.

Pues, en general, las afirmaciones más tajantes del TCF acerca del Estado Social se contienen en sentencias en las cuales se resuelve de manera negativa la cuestión que se le plantea y en las que no se extrae consecuencia práctica alguna de la fórmula del Estado Social. La casi totalidad de las sentencias del TCF que se suelen citar en los comentarios a la GG para ejemplificar la doctrina del TCF acerca del Estado Social tienen esta característica. La referencia al Estado Social se convierte así en una suerte de declaración enfática que «dulcifica» la decisión que se toma.

Esto ocurrió desde la primera sentencia en la que el TCF se ocupa del tema, la número 22, de 19 de diciembre de 1951 (62), en la que se resuelve de forma negativa una *Verfassungsbeschwerde* interpuesta por una viuda contra el monto de la pensión que le había sido asignada de acuerdo con la *Bundesversorgungsgesetz*. El TCF se extiende, en primer lugar, en una serie de consideraciones acerca de la imposibilidad de plantear un recurso por omisión, en las condiciones que han de concurrir para poder interponer una *Verfassungsbeschwerde* contra una ley y de que la *BVerG* no contradice a la GG por la cuantía de las pensiones que dispensa, para, una vez rechazada la *Verfassungsbeschwerde*, pronunciarse sobre el Estado Social. «Con esto ciertamente no se quiere decir que el individuo no tenga en general ningún derecho constitucional a recibir prestaciones» (63). Esto puede desprenderse

(61) En este sentido es significativa la evolución de *IPSEN* a la que antes aludí en la nota 31.

(62) *BVerfGE* 1, 97 y ss.

(63) *BVerfGE* 1, 105.

de la cláusula del Estado Federal y Social, a pesar de que no está incluida entre los derechos fundamentales. Pero el alcance de esta fórmula es básicamente el de ser un instrumento de «interpretación» de otras leyes, ya que «lo esencial de la realización del Estado Social sólo le compete al legislador», el cual está ciertamente obligado por mandato constitucional a una «actividad social» y en particular a una actividad compensatoria de intereses contrapuestos y de creación de condiciones de vida soportables para todos los que se encuentran en situación de necesidad. Pero en esta tarea la libertad del legislador es prácticamente absoluta, únicamente limitada por el principio de interdicción de la arbitrariedad (64).

Esta es la forma de argumentar típica del TCF cuando del Estado Social se trata: declaraciones solemnes, desprovistas de consecuencias prácticas, una vez resuelta negativamente la cuestión planteada. Así ocurre, por ejemplo, en la sentencia número 7, de 16 de enero de 1957 (65), en la que se resuelve negativamente una *Verfassungsbeschwerde* por denegación de pasaporte (66), o en la número 26, de 3 de diciembre de 1969 (67), en la que se resuelve negativamente otra contra la cuantía de las indemnizaciones por daños ocasionados por las tropas de ocupación tras la segunda guerra mundial (68), o en la número 15, de 5 de noviembre de 1974 (69), en la que se resuelve negativamente la cuestión de inconstitucionalidad del parágrafo 11, abs. 2 de la ley que regula la prestación del servicio militar, el cual se refiere a las excepciones en la prestación de dicho servicio (70), o en la número 15, de 18 de junio de 1974 (71), en la que se resuelve negativamente una cuestión de inconstitucionalidad acerca del parágrafo 44, Satz 2 de la *Angestelltenversicherungsgesetz*, la cual limitaba la percepción de pensión por parte de huérfanos que, por enfermedad física o mental, no pudieran mantenerse, a la edad de veinticinco años (72).

La lista es simplemente ejemplificativa (73). En algún caso incluso el TCF llega a interpretar la cláusula del Estado Social en el sentido de una *presunción de comportamiento correcto* por parte de la autoridad administrativa frente al ciudadano, a diferencia de lo que ocurriría, si el comportamiento enjuiciable ante el Tribunal fuera, el de un empresario en el sector privado (74).

(64) BVerfGE 1, 105.

(65) BVerfGE 6, 32 y ss.

(66) BVerfGE 6, 41.

(67) BVerfGE 27, 253 y ss.

(68) BVerfGE 27, 283.

(69) BVerfGE 38, 154 y ss.

(70) BVerfGE 38, 162 y 170.

(71) BVerfGE 40, 121 y ss.

(72) BVerfGE 40, 133.

(73) Sentencia núm. 8, de 13 de enero de 1976, 41, 193 y ss. (200); núm. 9, de 19 de diciembre de 1978, 50, 57 y ss. (108); núm. 34, de 12 de noviembre de 1958, 8, 274 y ss. (329), entre otras.

(74) Sentencia núm. 27, de 29 de abril de 1954, 3, 337 y ss. (380-381).

Únicamente en cuatro ocasiones en la jurisprudencia hasta el año 1980 el TCF ha resuelto de manera positiva la cuestión que se le plantea relacionada con el principio del Estado Social, extrayéndose, por lo tanto, algunas consecuencias de tipo práctico. Se trata de la Sentencia número 17, de 12 de noviembre de 1974 (75), mediante la cual y en la resolución positiva de una *Verfassungsbeschwerde* se declara anticonstitucional el parágrafo 44, abs. 2 de la *Bundesversorgungsgesetz* en el que se establecía que una viuda de guerra, que percibía pensión de viudedad y que dejaba de percibirla por contraer matrimonio, sólo podía volver a recuperar la pensión de viudedad en caso de separación, si de dicha separación no era ella únicamente la responsable. El TCF considera que este artículo va contra el principio de igualdad (art. 3.º GG) en conexión con el de Estado Social (art. 20 GG) (76). En la número 18, de 12 de mayo de 1976 (77), en una cuestión de inconstitucionalidad el TCF se encuentra ante el siguiente caso: un trabajador es despedido por su empresario y llega posteriormente con éste ante el correspondiente Tribunal de Trabajo al acuerdo de percibir una compensación por dicho despido. Inmediatamente después intenta inscribirse en el seguro de desempleo. La inscripción le es denegada hasta que no haya transcurrido el tiempo que cubre la indemnización recibida del empresario en relación con el salario que percibía. El TCF afirma que el parágrafo 117 de la *Arbeitsforderungsgesetz* es anticonstitucional porque va contra el principio de igualdad en conexión con el de Estado Social (78). Asimismo en la Sentencia número 14, de 22 de junio de 1977 (79), el TCF afirma que va contra el principio de igualdad en conexión con el de Estado Social la exclusión de las prestaciones del seguro por accidente de trabajo de un niño que fue dañado en el claustro materno como consecuencia de una enfermedad profesional de la madre, la cual estaba asegurada contra accidentes de trabajo. El TCF parte de la unidad de riesgo que constituye la madre embarazada y el hijo, y concluye afirmando que esta unidad tiene que ser contemplada necesariamente por el legislador, el cual únicamente de esta manera respetará el principio de igualdad en conexión con el Estado Social (80). Por último, en la Sentencia número 6, de 6 de junio de 1967 (81), el TCF resuelve positivamente una *Verfassungsbeschwerde* acerca del beneficio de declaración de pobreza a efectos procesales: «En la esfera de la protección jurídica el principio de igualdad (art. 3.º, abs. 1 GG) en conexión con el principio de Estado Social (art. 20, abs. 1 GG) impone equiparar la posición procesal de las personas con medios económicos y de aquellos que carecen de tales» (82).

(75) Sentencia núm. 27, de 29 de abril de 1954, 38, 187 y ss.

(76) Sentencia núm. 27, de 29 de abril de 1954, 38, 197.

(77) Sentencia núm. 27, de 29 de abril de 1954, 42, 176 y ss.

(78) Sentencia núm. 27, de 29 de abril de 1954, 42, 188.

(79) Sentencia núm. 27, de 29 de abril de 1954, 45, 376 y ss.

(80) Sentencia núm. 27, de 29 de abril de 1954, 45, 386 y ss.

(81) Sentencia núm. 27, de 29 de abril de 1954, 22, 83 y ss.

(82) Sentencia núm. 27, de 29 de abril de 1954, 22, 86.

Como puede verse, el TCF tiende a efectuar una interpretación restrictiva de la cláusula del Estado Social, extrayendo consecuencias prácticas únicamente cuando el alcance de su decisión es, por la propia naturaleza del asunto, circunscrito en principio a un número muy limitado de personas. E incluso en estos es de resaltar que el TCF se niega a utilizar como criterio, no ya único, sino ni siquiera decisivo, el principio de Estado Social, sino que siempre recurre a la fórmula «el principio de igualdad en conexión con el de Estado Social». El principio de Estado Social no ha sido utilizado ni una sola vez, no ya autónomamente, sino ni siquiera como elemento básico, en una decisión jurisprudencial. El Estado Social aparece en la jurisprudencia del TCF o como expresión genérica de la forma en que deben conducirse los poderes públicos, o como elemento que refuerza el alcance que debe darse al principio de igualdad.

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SOBRE EL ESTADO SOCIAL

La recepción de la cláusula del Estado Social se ha producido en la Constitución española en circunstancias contradictorias. Por un lado, se ha contado con la ventaja de gozar de una experiencia anterior y de un trabajo científico a partir de dicha experiencia, en el que por cierto la aportación española ha sido relevante (83), lo cual ha permitido al constituyente del 78 mejorar técnicamente la formulación del constituyente alemán, como ha indicado acertadamente PAREJO (84). Por otro, dicha recepción se ha producido justamente en el momento en el que la crisis del Estado Social se ponía más claramente de manifiesto como consecuencia de la profunda y general crisis económica en la que todavía estamos inmersos. En consecuencia, si desde el punto de vista de la técnica jurídica el punto de partida era más favorable, desde el punto de vista de las circunstancias socioeconómicas ocurre todo lo contrario. Y este no es un dato irrelevante jurídicamente, ya que como se dice en el comentario a la GG dirigido por MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ: «El Estado Social depende en última instancia no en su posibilidad jurídica, pero sí en su posibilidad fáctica, del bienestar de la sociedad, concretamente del desarrollo del producto interior bruto» (85), ya que «Estado de Derecho puede serlo un Estado pobre», pero ser Estado Social difícilmente puede conseguirlo (86).

(83) P. LUCAS VERDÚ se ha ocupado del tema en repetidas ocasiones desde hace varios decenios: *Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*, Salamanca, 1955; *La Lucha por el Estado de Derecho*, Madrid, 1975, y recientemente en el *Comentario a las Leyes Políticas*, dirigidos por OSCAR ALZAGA, t. I, Madrid, 1983; M. GARCÍA PELAYO: «El Estado Social y sus implicaciones», en *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977; E. DÍAZ: *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, 1979; A. GARRORENA: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Murcia, 1980; L. PAREJO ALFONSO: *Estado Social y Administración Pública*, Madrid, 1983.

(84) L. PAREJO: *Op. cit.*, pp. 61-62.

(85) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ: *Op. cit.*, p. 310.

(86) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ: *Op. cit.*, p. 310.

Con ello quiero señalar que los tiempos en los que ha tenido que empezar a desarrollar su actividad el TCE, por lo que a la interpretación del Estado Social se refiere, no han sido precisamente buenos. Y conviene resaltarlo, porque, a pesar de ello, la jurisprudencia del TCE ha sido notable, habiéndose pronunciado sobre el tema en unos términos que, como veremos a continuación, se comparan ventajosamente con los empleados por el TCF.

De entrada hay que indicar, aunque no se refiera expresamente al tema del Estado Social, que el TCE, siguiendo en este punto a la más autorizada doctrina (87), ha reafirmado desde un primer momento y de manera continuada el carácter de norma jurídica que tiene la Constitución en su totalidad (88), poniendo además de manifiesto que se trata de derecho inmediatamente aplicable sin necesidad de desarrollo legislativo alguno en muchos casos (89), participando incluso a nivel de los principios políticos generales inspiradores de la Constitución de la fuerza derogatoria de ésta respecto de todas las demás normas del ordenamiento jurídico (90). El TCE rechaza, pues, cualquier interpretación de la Constitución que pueda conducir a distinguir dentro de ella entre auténticas normas jurídicas y normas programáticas (91), afirmando de manera solemne el carácter jurídico del texto constitucional en su integridad.

(87) Reafirmada en España con una eficacia indudable por GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981.

(88) Sentencia 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1. B. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* número 1, p. 13. Después lo ha reafirmado en múltiples ocasiones: Sentencias 15/1982, de 23 de abril, FJ 8, BJC núm. 13, p. 366; 16/1982, de 28 de abril, FJ 1, BJC núm. 13, p. 340; 77/1982, de 20 de diciembre, FJ 1 y 2, BJC núm. 21, pp. 48 y 49; 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1, BJC núm. 21, p. 64; 7/1983, de 14 de febrero, FJ Tercero, BJC núm. 23, p. 240, y las 8, y 15/1983, que resuelven casos idénticos.

(89) «Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento... Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales» (Sentencia 16/1982, de 28 de abril, FF Primero, BJC núm. 13, p. 340). «Este principio general no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable» (Sentencia 15/1982, de 23 de abril, FJ 8, BJC núm. 13, p. 336).

(90) Sentencia 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1. B. «Pues bien, entendemos que los principios generales del derecho, incluidos en la Constitución, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico —como afirma el artículo 1.º, 4.º del título preliminar del Código Civil— que debe ser así interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allí donde la oposición entre las Leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo» (BJC núm. 1, p. 13).

(91) Véanse los textos citados en la nota 89. También la Sentencia 803/1982, de 20 de diciembre, FJ 1. «Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal, es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9. 1, donde se dice que los "ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución", sujeción o vinculatoriedad que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor» (BJC núm. 21, p. 64).

Con ello, la cuestión acerca del carácter jurídico o no jurídico de la fórmula Estado Social, que tanta importancia tuvo en los estudios iniciales sobre el tema en Alemania, se ha convertido en una cuestión absolutamente pacífica en nuestro país, resuelta de manera inequívoca.

Pero, como he dicho, estas consideraciones generales, aunque pertinentes por razones obvias en el estudio de la jurisprudencia del TCE sobre el Estado Social, no han sido formuladas por dicho Tribunal en relación directa con el tema, sino a propósito de otras cuestiones. Y de ahí que aquí se haya aludido simplemente a ellas como marco general dentro del cual hay que situar la auténtica jurisprudencia sobre el Estado Social.

Dicha jurisprudencia podría clasificarse en tres apartados. Uno primero, en el que se incluiría la parte más importante de la misma, y en el que se contendrían lo que podríamos llamar *referencias positivas* del TCE al Estado Social, es decir, en el que se contendría el análisis que hace el TCE de la incidencia que la recepción de la fórmula tiene para el ordenamiento jurídico español en general y para la actuación de los poderes públicos y los ciudadanos en particular. Uno segundo, en el que se contendrían las *referencias negativas*, entendiéndolo por tales aquellas en las que el TCE determina qué es lo que no es legítimo deducir de la cláusula del Estado Social o qué es incluso incompatible con la misma. Y, por último, uno tercero, compuesto por una única referencia del TCE, que no es clasificable, en mi opinión, en ninguno de los otros dos, y que, por llamarla de alguna manera, la denominaré *referencia mixta*.

Veámoslos por separado.

Referencias positivas

Aunque la mayor parte de las referencias positivas al Estado Social en la jurisprudencia del TCE se centran en el marco de las relaciones económicas en sentido amplio y más concretamente en las estrictamente laborales, no sólo en este contexto se ha ocupado el TCE del tema. Así en la Sentencia número 27/1981, de 20 de julio, el TCE alude al tema en relación con los principios constitucionales del artículo 9.º,3 (irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, etc.) (92); en la número 32/1981, de 28 de julio, en conexión con la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (93); en la número 41/1982, de 2 de julio, en relación con el instituto de la prisión provisional (94); o en la 42/1982, de 5 de julio, en relación con la asistencia letrada al ciudadano (95). En ellas se sientan principios importantes acerca de cómo se ha de articular la cláusula del Estado Social con el derecho a la autonomía, señalando específicamente

(92) FJ 10, BJC núm. 6, p. 413.

(93) FJ 5, BJC núm. 6, p. 423.

(94) FJ 2, BJC núms. 16-17, p. 629.

(95) FJ Segundo, BJC núms. 16-17, p. 633.

el TCE, a partir del análisis de lo que ha de entenderse por legislación básica, lo siguiente: «el tratamiento común de los administrados que preceptúa el artículo 149, 1, 18.^a ha de entenderse en el Estado social y democrático de Derecho que configura la Constitución (art. 1.º, 1) con un alcance no meramente formal, sino también, del modo que determine la Ley, con un contenido sustancial en forma de pautas de prestaciones mínimas que deben proporcionarse a todos los ciudadanos» (96); o acerca de la necesidad de «reinterpretar», a la luz de la cláusula del Estado Social, «las normas existentes sobre asistencia letrada» (97). Pues «la idea del Estado Social de Derecho (art. 1.º, 1 CE) y el mandato genérico del artículo 9.º, 2, exigen seguramente una organización del derecho a ser asistido de letrado que no haga descansar la garantía material de su ejercicio por los desposeídos en un *munus honorificum* de los profesionales de la abogacía, pues tal organización tiene deficiencias que desgraciadamente han quedado muy de relieve en el presente caso» (98).

Pero, como digo, es en el terreno de las relaciones económicas y más concretamente en el de las relaciones laborales donde el TCE se ha pronunciado de manera más clara sobre el alcance de la cláusula del Estado Social. Precisamente por eso conviene detenerse en las sentencias recaídas en estas materias, a fin de precisar la jurisprudencia del TCE en torno a esta cuestión.

En general, la casi totalidad de las sentencias abordan el tema en relación con el principio de igualdad y con el mandato constitucional a los poderes públicos del artículo 9.º, 2, planteamiento lógico y sobre cuyas posibilidades ya se pronunció tempranamente GARRORENA (99). Desde esa perspectiva, aunque naturalmente la intensidad de la conexión entre esos elementos sea distinta, según los casos, el TCE resuelve cuestiones muy diversas. Puesto que hay otra intervención en el Curso, la del profesor I. de ΟΠΠΟ, dedicada a la doctrina del TCE sobre el principio de igualdad, aquí sólo haré referencia a este último, en la medida estrictamente indispensable para precisar la doctrina del TCE acerca del Estado Social.

Las dos primeras sentencias de este grupo, desde un punto de vista cronológico, tratan del derecho de huelga. Se trata, por un lado, de la Sentencia número 11/1981, de 8 de abril, que resuelve el Recurso de Inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo (100), y por otro, la Sentencia número 26/1981, de 17 de julio, que resuelve dos Recursos de Amparo acumulados sobre la actuación de la dirección de RENFE, en relación con una huelga convocada por los trabajadores (101).

(96) Sentencia 28 de julio de 1981, FJ 5, BJC núm. 6, p. 423.

(97) Sentencia 42/1982, de 5 de julio, FJ Segundo, BJC núms. 16-17, p. 633.

(98) Sentencia 42/1982, de 5 de julio, FJ Segundo, BJC núms. 16-17, p. 633.

(99) A. GARRORENA: *Op. cit.*, pp. 41 y ss.

(100) BJC núm. 2.

(101) BJC núm. 5.

En la primera de ellas, el TCE se ocupa, en términos generales, de definir el lugar que ocupa el derecho de huelga en nuestro sistema constitucional, destacando fundamentalmente los tres aspectos siguientes

1.º El TCE afirma expresamente que el derecho de huelga ha sido introducido en la CE «como un elemento de realización de la *democracia social* y del principio de igualdad» (102). En consecuencia, tal expresión de la voluntad del constituyente debería abonar, desde un punto de vista político, una concepción más amplia y generosa del derecho de huelga que la mantenida por el legislador (103). Pero esta es una opción política adoptada por el legislador que, siempre que se mantenga dentro de ciertos límites, resulta incontrolable desde un punto de vista jurídico —único legítimo— por parte del TC (104).

2.º Tras esta primera manifestación de «autocontrol», el TCE pasa a analizar de manera más precisa la configuración concreta que el constituyente ha hecho de la huelga, configuración que se caracteriza por la definición del mismo como derecho constitucional además de como derecho subjetivo, deducciones ambas que son consecuencia inmediata del principio de Estado Social, el cual «entre otras significaciones, tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se encuentra el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado Social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales» (105).

3.º Consecuentemente con esta interpretación del derecho de huelga como un derecho constitucional autónomo, el TCE aborda el tema de las relaciones entre el derecho reconocido en el artículo 28 CE y «el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo» reconocido por el artículo 37 CE a trabajadores y empresarios, destacando la primacía del primero sobre el segundo y extrayendo la conclusión de que «el ordenamiento jurídico en nuestro país no se funda en el principio que con expresión alemana se conoce como de la *Waffengleichheit*, también llamado de la *Kämpfparität*, esto es, de la igualdad de armas, de la paridad en la lucha, de la igualdad de trato o del paralelo entre las medidas de conflicto nacidas en campo obrero y las que tienen su origen en el sector empresarial» (106). Y esto lo desarrolla el TCE más adelante en relación con el *lock-out* en un párrafo sumamente elocuente en relación con nuestro tema, en el que dice textualmente: «Las diferencias son también muy notorias en lo que se refiere al fundamento de una y otra

(102) FJ 7, BJC núm. 2, p. 93.

(103) FJ 7, BJC núm. 2, p. 93.

(104) FJ 7, BJC núm. 2, p. 93.

(105) FJ 9, BJC núm. 2, p. 94.

(106) FJ 22, BJC núm. 2, p. 101.

figura. Como se ha dicho acertadamente, la huelga es un "contrapeso", que tiene por objeto permitir que las personas en estado de dependencia salarial establezcan una nueva relación de fuerzas en un sentido más favorable para ellas. Tiende a restablecer el equilibrio entre partes de fuerza económica desigual. En cambio, el *lock-out* es una mayor dosis de poder que se otorga a una persona que tenía poder ya desde antes. He aquí por qué el régimen jurídico no puede ser idéntico» (107).

A partir de esta interpretación del derecho de huelga en la CE, el TCE se enfrenta de nuevo con el problema, pero ya de manera concreta, en los Recursos de Amparo a los que antes he aludido, llegando a conclusiones de indudable importancia. Concretamente a las siguientes: cuando se trata de la limitación del derecho de huelga y aun «sin negarle a la autoridad la prerrogativa de probidad y de actuación racional» (108), no se puede considerar en modo alguno que exista una presunción a favor del comportamiento correcto de los poderes públicos que limitan el derecho de huelga, sino que, por el contrario, éstos tienen que motivar necesariamente su decisión (109), tienen que correr con la carga de la prueba (110), atenuándose, incluso de manera notable, su poder discrecional en cuestiones que en principio podrían parecer exclusivamente técnicas (111).

A primera vista puede parecer que no hay nada excesivamente destacable en esta decisión del TCE. Sin embargo, cuando se la compara con la jurisprudencia de otros Tribunales Constitucionales, concretamente con la del TCF alemán, entonces se pone claramente de manifiesto lo llamativo de la misma. Específicamente es de destacar que en esta Sentencia el TCE utiliza una argumentación que difiere radicalmente de la utilizada por el TCF en un caso, ciertamente distinto, pero no tan alejado, ya que se trataba de una cuestión referente al derecho al trabajo, como para que no se haga patente el diferente talante con que uno y otro se enfrentan con el principio del Estado Social.

El supuesto al que me refiero es el contemplado en la Sentencia número 27, de 29 de abril de 1954 (112), en la que, en la resolución de una *Verfassungsbeschwerde* en sentido negativo; el TCF valora la necesidad de tomar en consideración la opinión de la *Hauptfürsorgestelle* en los casos de despido de trabajadores con defectos físicos importantes como consecuencia de la guerra (la legislación que lo exigía es de 1920 y 1947), distinguiendo entre el sector público y el sector privado y eximiendo de tal requisito a la decisión de las autoridades públicas, a favor de las cuales juega una presunción de

- (107) FJ 22, BJC núm. 2, p. 102.
- (108) FJ XVI, BJC núm. 5, p. 346.
- (109) FJ XIV, BJC núm. 5, p. 345.
- (110) FJ XVI, BJC núm. 5, p. 346.
- (111) FJ XV, BJC núm. 5, pp. 345-346.
- (112) 3, 337 y ss.

comportamiento correcto justamente a partir de la cláusula del Estado Social de la GG (113).

En una limitación de derechos constitucionales y concretamente del derecho al trabajo, pienso que el TCE difícilmente admitiría una presunción de este tipo a favor de los poderes públicos. Y por supuesto jamás la deduciría del principio de Estado Social.

También es de destacar en este sentido la posición del TCE en relación con el propio poder legislativo en cuanto primer destinatario de la cláusula del Estado Social, en cuanto que también se diferencia de manera importante de la mantenida por el TCF alemán. En efecto, en la jurisprudencia de este último, como vimos, es una constante resaltar la libertad prácticamente absoluta del legislador para extraer las consecuencias que estime oportuno del principio del Estado Social. Esto es casi una cláusula de estilo en todas las Sentencias del TCF en las que se refiere al tema (114). Incluso cuando, como ocurre en la Sentencia número 17, de 12 de noviembre de 1974, se declara inconstitucional una ley (115), el TCF afirma expresamente que «no se pone en cuestión el margen de discrecionalidad del legislador» (116), sino que simplemente se indica que éste tiene que respetar el principio de igualdad (117).

El TCE, por el contrario, se pronuncia sobre el tema con más decisión. Ciertamente, el TCE reconoce también, y de manera expresa, la libertad del legislador para hacer efectivo el principio de igualdad y extraer consecuencias en este sentido del principio de Estado Social. Pero condiciona dicha libertad tanto desde un punto de vista positivo, indicando las pautas que tendría que seguir el poder legislativo, como desde un punto de vista negativo, marcando los límites a los que está necesariamente sometido. Así, por un lado, el TCE señala que la libertad del legislador en la realización del principio de igualdad puede e incluso debe exigirle, para ser coherente con el principio de Estado Social y con las exigencias del artículo 9.º, 3, diferenciar situaciones distintas y darle un tratamiento distinto (118). Pero, sobre todo, de lo que el TCE se ocupa es de señalar los límites a los que está sometido el legislador en este terreno, resaltando la importancia de los mismos en mucha mayor medida que el TCF alemán. «La apreciación de en qué medida la Ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda, con carácter general, confiada al legislador. Pero tal valoración tiene

(113) 3, 380-381.

(114) En todas las Sentencias citadas en el apartado dedicado a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal se incluye una referencia, casi siempre en los mismos términos, a dicha libertad del legislador.

(115) 38, 187 y ss.

(116) 38, 197.

(117) 38, 197.

(118) Sentencia 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3, B, BJC núm. 7, p. 513.

unos límites, ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53, 1), ni en general contra cualquier precepto o *principio* de la misma (art. 9, números 1 y 3, relativos a la sujeción a la Constitución de todos los Poderes Públicos y a la interdicción de la arbitrariedad), ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y por ello haya de calificarse de discriminatoria» (119).

Pero, posiblemente, la jurisprudencia más relevante del TCE sea la que se refiere de manera directa a las relaciones entre el Estado Social y el principio de igualdad o, para decirlo con más exactitud, aquella en la que, a partir de la definición de España como un Estado Social y Democrático de Derecho, el TCE extrae consecuencias importantes para la interpretación del principio de igualdad. Así, por ejemplo, en la Sentencia 81/1982, de 21 de diciembre, en la que el TCE utiliza el concepto de Estado Social como elemento básico del «mecanismo que se ha de utilizar para restablecer la igualdad» vulnerada (120) y equiparar al personal masculino y femenino de la Seguridad Social en lo que a percepción de horas extraordinarias por trabajo en días festivos se refiere. «Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9.º, 2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera, en el presente caso, no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional, sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores» (121). O en las Sentencias 3/1983, de 25 de enero, y 14/1983, de 28 de febrero, en las cuales se justifican las desigualdades contenidas en el derecho laboral respecto de empresarios y trabajadores a partir del principio de Estado Social: «Estas ideas encuentran expresa consagración en el artículo 9.º, 2 de la CE cuando impone a los poderes públicos la obligación de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas”, pues con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del artículo 1.º, que constituye a

(119) Sentencia 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3, B, BJC núm. 7, p. 513.

(120) FJ 3, BJC núm. 21, p. 71.

(121) FJ 3, BJC núm. 21, p. 71.

España como un Estado Democrático y Social de Derecho, por lo que, en definitiva, se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador» (122). O en la Sentencia 19/1982, de 5 de mayo, en la que el TCE, utilizando de manera combinada los artículos 1.º-1, 9.º-2 y 50 de la CE, resuelve positivamente en Recurso de Amparo sobre compatibilidad de pensiones (123).

Por último, para finalizar este apartado de referencias positivas, habría que mencionar el voto particular formulado por el Magistrado DÍEZ PICAZO y al que se adhieren los Magistrados DÍEZ DE VELASCO y FERNÁNDEZ VIAGAS a la Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre, en la que, sin llegar en lo que aquí nos afecta a una conclusión diferente de la mantenida en la Sentencia (124), si la fundamenta de manera distinta, al afirmar expresamente que «la imposición de una obligación de contratar o de una contratación forzosa, como la que resulta en el caso debatido en esta Sentencia, no atenta contra el principio de libertad de empresa cuando tiene por objeto precisamente defender a los pequeños empresarios privados, como empresarios libres, y dar transparencia al mercado en que se mueven» (125)

Como puede verse, para el corto espacio de tiempo en que lleva desarrollando su actividad, la jurisprudencia del TCE en lo que afecta al Estado Social resulta notable, siendo de destacar sobre todo la tendencia a recurrir frecuentemente al principio de Estado Social como elemento al que se ha de ajustar la interpretación de todas las normas del ordenamiento jurídico y que impone incluso la reinterpretación de tales normas, así como también el hecho de que a partir del mismo se puedan extraer conclusiones acerca de la constitucionalidad o no de determinadas normas o de la justificabilidad del comportamiento de los Poderes Públicos.

Referencias negativas

Las referencias que he calificado de negativas son menos numerosas y de menor importancia. Concretamente son tres, dos de ellas en relación con la interpretación del artículo 20 de la CE y en conexión con el tema de los medios de comunicación de titularidad estatal, y otra en relación con el tema de los derechos adquiridos y del principio de irretroactividad del artículo 9.º, 3 de la CE.

Las dos Sentencias que interpretan el artículo 20 de la CE son la 6/1981, de 16 de marzo, y la 86/1982, de 23 de diciembre, en la primera de las cuales

(122) FJ Tercero de ambas Sentencias, BJC núm. 22, p. 153, y núm. 23, p. 285.

(123) FJ 6, BJC núm. 13, p. 349.

(124) FJ 2, BJC núm. 7, p. 503.

(125) BJC núm. 7, p. 507.

el TCE se enfrenta con un Recurso de Amparo promovido por los trabajadores de *La Voz de España y Unidad* contra el Acuerdo del Consejo de Dirección del Organismo Autónomo «Medios de Comunicación Social del Estado» por el que se suspendió la publicación de ambos diarios, y en el segundo con el Recurso de Inconstitucionalidad contra la Ley 11/1982, de 13 de abril, sobre Supresión del Organismo Autónomo «Medios de Comunicación Social del Estado». En ambos casos, aunque en la segunda Sentencia no se afirma de manera expresa, el TCE llega a la conclusión de que no es legítimo deducir del derecho a la libertad de expresión en relación con el principio de Estado Social un «derecho de prestación», que «legitime» a los profesionales del ramo a «exigir de los poderes públicos, la creación o el mantenimiento de Medios de Comunicación a través de los cuales puedan expresar sus opiniones o comunicar información» (126). Pues aun cuando «la cláusula del Estado Social (art. 1.º, 1) y, en conexión con ella, el mandato genérico contenido en el artículo 9.º, 2 imponen sin duda actuaciones positivas de este género» (127), sin embargo, «no cabe derivar de esta obligación, en el derecho a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados medios privados de comunicación social o la creación o el sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público» (128).

En este punto hay que destacar el voto particular del Magistrado DÍEZ DE VELASCO en la segunda Sentencia mencionada, voto que debería de haber incluido en el apartado de las referencias positivas, ya que dicho Magistrado, a partir del principio de Estado Social, efectúa una interpretación del artículo 20 de la CE, que le lleva a disentir del TCE por estimar anticonstitucional la Ley 11/1982, de 13 de abril (129).

Por lo que a la otra cuestión, derechos adquiridos y principio de irretroactividad, se refiere, el TCE se pronuncia sobre ella en la Sentencia 27/1981, de 20 de julio, en la cual, tras sentar la importante tesis de que «los principios constitucionales invocados por los recurrentes: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el artículo 9.º, 3 de la Constitución —legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad— no son compartimientos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado Social y Democrático de Derecho» (130), se afirma expresamente lo siguiente: «desde el punto de vista de la constitucionalidad, debemos rehuir cualquier intento de aprehender la huidiza teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión “derechos adquiridos”, y es de suponer que los constituyentes la soslayaron, no por modo casual, sino porque la defensa a

(126) FJ Cuarto, BJC núm. 2, p. 133.

(127) FJ Quinto, BJC núm. 2, p. 133.

(128) FJ Quinto, BJC núm. 2, p. 133.

(129) BJC núm. 21, pp. 23 y 24.

(130) FJ 10, BJC núm. 6, p. 413.

ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a exigencias acordes con el Estado de Derecho que proclama el artículo 1.º de la Constitución» (131).

Referencia mixta

Es la que se contiene en la Sentencia 22/1981, de 2 de julio, en la que el TCE llega a la conclusión de que una política de pleno empleo, que es obviamente uno de los instrumentos básicos de realización del principio de Estado Social, puede entrañar limitaciones al derecho individual al trabajo. Pues «en su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma» (132). Ahora bien, «esta política de pleno empleo supone una limitación de un derecho individual consagrado constitucionalmente en el artículo 35, pero esa limitación resulta justificada, pues tiene como finalidad un límite reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 29,2 —el reconocimiento y respeto a los derechos de los demás—, y se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país (art. 9.º de la Constitución)» (133).

CONCLUSIÓN

Suele ser frecuente en un tipo de trabajo como este finalizarlo con algunas conclusiones extraídas de lo que se ha expuesto a lo largo del mismo. Sin embargo, en este caso, aparte de la propia dificultad de extraerlas, ya que el principio de Estado Social, justamente por ser uno de los principios inspiradores del texto constitucional, es uno de esos elementos al que se puede recurrir en cualquier momento y sobre el cual, al mismo tiempo, no se centra ninguna decisión de manera específica, pienso que no es necesario, ya que han sido anticipadas en buena medida en el curso de la exposición.

No obstante, si me interesaría destacar antes de concluir, que el TCE no ha recurrido al principio de Estado Social de forma retórica, sino que únicamente se refiere al mismo cuando le es necesario para fundamentar una decisión, sin utilizarlo jamás para «compensar» o «dulcificar» una decisión desfavorable. La coherencia entre su afirmación de que no es una norma programática y la forma en que el propio TCE lo utiliza es notable.

(131) FJ 10, BJC núm. 6, p. 414.

(132) FJ 8, BJC núm. 4, p. 251.

(133) FJ 9, BJC núm. 4, p. 251.

Y en este sentido es de resaltar que el reproche que parte de la doctrina alemana ha hecho a la utilización «rutinaria» del término «social» por parte del TCF (134), en modo alguno se podría efectuar en relación con la jurisprudencia del TCE. Más bien se podría decir en este caso lo contrario: que el esfuerzo del TCE por precisar la fórmula del artículo 1.º de la CE ha sido notable.

(134) KARL DOEHRING: «Alternativen des Sozialstaats», en *Detlef Marten und Rudolf Morsey (Hrsg.) 30 Jahre Grundgesetz*, Berlin, 1979, p. 125.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS
50 EAST LEXINGTON AVENUE
NEW YORK, N. Y. 10017

1981