

EL ESTADO SOCIAL

ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR

SUMARIO: 1. DIFICULTADES. ESTADO SOCIAL Y ESTADO DE BIENESTAR.—2. BREVE REFERENCIA A LA GÉNESIS DEL ESTADO DE BIENESTAR: 2.1. *Equivocidad y confusión.* 2.2. *Concepto vinculado a la crítica del Estado liberal burgués.*—3. LOS SUPUESTOS TEÓRICOS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: 3.1. *La constitucionalización de la cláusula del Estado social.*—4. ALCANCE JURÍDICO DE LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL: 4.1. *La naturaleza y la eficacia de los derechos fundamentales.* 4.2. *Los derechos socioeconómicos.* 4.3. *Un caso peculiar: el derecho a la educación.* 4.4. *La reconstrucción del derecho a la igualdad.* 4.5. *El «modelo» económico constitucional.* 4.6. *Breve referencia jurisprudencial.*—5. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. DIFICULTADES. ESTADO SOCIAL Y ESTADO DE BIENESTAR

Se ha dicho que la expresión «Estado social de derecho» es profundamente desafortunado por tautológica; pues si hay realidades necesariamente sociales son, tanto el Estado como el Derecho, y ello con independencia de la significación e importancia de la realidad a la que el concepto se refiere (1). Sin embargo, las dificultades semánticas del concepto de Estado social son para el jurista, según creo, de mucha mayor enjundia y hondura. La equivocidad tiene una dimensión ontológica y, en consecuencia, epistemológica, derivada del sentido y del alcance del concepto. ¿De qué estamos hablando?

Cuando la doctrina habla de Estado social adopta, en ocasiones, un enfoque sociopolítico o socio-económico, refiriéndose en realidad al Estado de bie-

(1) J. PÉREZ ROYO: «La doctrina del Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *REDC*, núm. 10, Madrid, 1984.

nestar, al *welfare state*, al Estado providencia etc. Cuando la doctrina habla de crisis del Estado social (2), a qué se refiere: ¿a la crisis de una realidad jurídica constitucional y normativa, recogida en el artículo 1.1 CE o a la crisis del Estado de bienestar, como realidad política y socioeconómica? ¿Acaso se identifican ambos conceptos? ¿Acaso la crisis del uno comporta la crisis del otro o se trata de realidades relativamente independientes? ¿Está en crisis el Estado de bienestar o tan sólo una forma histórica de entenderlo? Y, sobre todo, ¿por qué está en crisis el concepto jurídico de Estado social? ¿Se incumplen sus prescripciones normativas o sólo una interpretación subjetiva de su sentido y de su destino y aún de su alcance como principio jurídico? Parece claro que para un constitucionalista, para un jurista, sólo cabría hablar de crisis del Estado social, entendido éste como principio jurídico, ante la evidencia de su incumplimiento, de su fracaso en su pretensión normativa, lo que requiere determinar el contenido jurídico del principio. Las normas entran en crisis cuando se cuestiona su legitimidad o su validez, o cuando se incumplen. Cuando lo que fracasa son los objetivos o finalidades perseguidos, lo que fracasa es la política legislativa, por inadecuación de los medios propuestos a los fines pretendidos.

Creemos que hay que partir de dos conceptos potencialmente interrelacionados pero perfectamente distinguibles e, incluso, potencialmente independientes. Un concepto estrictamente jurídico —el de Estado social de derecho— que recoge nuestra Constitución, y un concepto no normativo, sino descriptivo, sociopolítico y socio-económico, que es el Estado de bienestar. La diferencia es nítida desde una perspectiva epistemológica. En un caso hablamos de un conocimiento perteneciente a las ciencias del espíritu y, en el otro, de un objeto extraído de la realidad sensible, que descansa en proposiciones descriptivas, susceptibles de verificación empírica. En un caso enjuiciamos la validez y el alcance de una proposición prescriptiva y, en el otro, analizamos descriptivamente una realidad socio-económica.

No obstante, ya se ha dicho que entre ambos conceptos hay una potencial, aunque no necesaria, interdependencia, porque la cláusula del Estado social, como una de las «decisiones constitucionales fundamentales» (3) o como elemento esencial de la «fórmula política» (4), tiene un sentido claramente finalista e incorpora en su horizonte la consecución de alguna forma de «Estado de

(2) M. A. GARCÍA HERRERA (dir.): *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 1997.

(3) KARL SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, págs. 27 y sigs.

(4) P. LUCAS VERDÚ: *Curso de Derecho Político*, 1977, volumen II y «El Título I del Anteproyecto Constitucional: la fórmula política de la Constitución», en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Madrid, 1978.

bienestar». Pero ello tampoco puede hacernos olvidar, como ha escrito Garrido Falla, que «la esencia de la norma jurídica no está tanto en los objetivos que se pretenden alcanzar, cuanto en instrumentar los medios para conseguirlos» (5), o, con menos radicalidad, que sin negar cierto valor jurídico a las normas programáticas y mucho menos a los mandatos a los poderes públicos, su densidad jurídica no puede ser la misma aunque sólo sea por la función del Derecho en general y, de forma aún más acusada, del Derecho Constitucional democrático en una sociedad pluralista.

Evidentemente, este modesto trabajo es un estudio de Derecho Constitucional y, por tanto, fundamentalmente jurídico, referido a la cláusula constitucional del Estado social de derecho. Con ello no estamos estableciendo una escisión necesaria entre ambos planos de lo real, el normativo y el empírico, sino poniendo de relieve su relativa autonomía y su potencial independencia. En otros términos, aunque el objetivo o la finalidad perseguida por la incorporación constitucional de la cláusula del Estado social sea una «apertura de posibilidades» (sin que falten concreciones jurídicamente consistentes) hacia formas (notablemente indeterminadas) del Estado de bienestar, ni lo garantiza ni, como habremos de ver, podría garantizarlo sin una seria desnaturalización de la función constitucional y sin comprometer el Estado de derecho y la democracia pluralista. Y, a la inversa, la consecución de un Estado de bienestar es perfectamente posible sin que la Constitución incorpore cláusula alguna referida al Estado social de derecho e, incluso (al menos en los aspectos materiales de protección ante el infortunio, acceso a la educación y a la cultura y aseguramiento de un mínimo existencial) sin que exista una auténtica Constitución democrática merecedora de tal nombre.

Solamente, según creemos, desde la constatación de esta potencial independencia entre ambas realidades, podría hacerse una adecuada valoración jurídico-política de la cláusula del Estado social.

Todo esto puede plantearse en otros términos: analizando en su globalidad los tres elementos de la formulación del artículo 1.1 CE. Ha afirmado Rubio Llorente que «es posible un Estado de derecho —con muchas salvedades— sin un Estado democrático. No es posible un Estado democrático, sin un Estado de derecho. Es posible un Estado democrático de derecho sin un Estado social y es posible un Estado social que no sea ni democrático ni de derecho» (6).

Asumiendo el magisterio del profesor Rubio nos permitimos dos pequeñas

(5) F. GARRIDO FALLA y otros: *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.

(6) F. RUBIO LLORENTE: «Comentario al Título III. Las Cortes Generales», en O. ALZAGA: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española*, Cortes Generales y Edersa, Madrid, 1998, volumen VI, pág. 53.

matizaciones que seguramente van en el mismo sentido que las salvedades del autor.

La primera, en tono menor, que sea posible un Estado de derecho no democrático (con independencia de cuándo y por qué nace el concepto), al menos en plenitud y no como concepto ideal en busca, en este caso, no de autor sino de obra. Es cierto que en el siglo XIX y cuando surge el concepto en el contexto del liberalismo burgués, del sufragio censitario y del individualismo beligerante —por ejemplo, frente al derecho de asociación— se habla de Estado de derecho e, incluso, surge el concepto de Estado de derecho, para referirlo a una realidad protoliberal y no democrática. Sin embargo, no creemos arriesgado sostener que se trata de un embrión del Estado de derecho, que sólo alcanzará su plenitud cuando triunfe, en toda su extensión, el principio de igualdad y, por tanto, el igual aseguramiento jurídico de todos los derechos y libertades incluido, por supuesto, el derecho a la igual participación política. Los supuestos iusnaturalistas, idealistas y racionalistas en los que descansa el Estado liberal, conducen lógicamente a la igualdad de derechos y a la democracia (cuestión distinta es el escamoteo histórico que la presión del principio monárquico y el sincretismo del liberalismo doctrinario, en defensa de la propiedad burguesa, producirá en el principio de igualdad de participación). En otros términos, el concepto de Estado de derecho, en su plenitud, reclama el Estado democrático; como ocurrió, por otra parte, en las primigenias formulaciones liberales, tanto en Estados Unidos como en Francia; y el Estado democrático sólo se hace posible en el seno del Estado de derecho (7).

La segunda matización (probablemente innecesaria) se refiere al juicio de que puede haber Estado social sin Estado de derecho y sin Estado democrático. Aquí mi matización descansa en razones epistemológicas y, seguramente, en precisiones semánticas de corto alcance. El problema es muy simple: si se está utilizando el concepto de Estado social no como concepto jurídico sino político y socioeconómico, como sinónimo de Estado de bienestar, estoy absolutamente de acuerdo. Pero si hablamos de Estado social como concepto jurídico, sólo puede comprenderse como una profundización o una matización del Estado democrático como Estado de derecho. En este sentido, jurídicamente, constitucionalmente, el Estado social o es Estado social y democrático de derecho o no es nada.

(7) Cfr. mi trabajo «En torno al concepto de Constitución», en *La Democracia Constitucional*, Libro-Homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente, CEPC, Madrid, 2002, págs. 73 y sigs.

2. BREVE REFERENCIA A LA GÉNESIS DEL ESTADO DE BIENESTAR

2.1. *Equivocidad y confusión*

La génesis del Estado social, como concepto socioeconómico, es decir, del Estado de bienestar, es equívoca y confusa, tanto en sus presupuestos históricos como en su progresiva —y a veces errática— plasmación práctica.

Si en alguna medida se puede decir que la constitucionalización del Estado social como cláusula jurídica, como cláusula finalista, está vinculada a al objetivo de conquista de alguna forma de Estado de bienestar, este último tiene su propia génesis independiente, al menos en sus orígenes, del movimiento constitucional; y potencialmente independiente, al menos en nuestros días, de la constitucionalización del Estado social de derecho.

Desde una perspectiva teórica, los cimientos del Estado de bienestar son contradictorios. Como ha escrito E. Lamo de Espinosa: «Hasta hace pocos años, menos de una década, el Estado de bienestar en sus diversas formas, era elemento central de la ideología y programa político tanto de la izquierda como de la derecha. Socialistas (marxistas o no), conservadores, cristiano-demócratas, católicos, incluso liberales, un amplio espectro que iba desde Franco a Adenauer, De Gasperi o Churchill, asumían no sólo la necesidad de un control político de la economía, sino sobre todo la necesidad de reorientar los mecanismos de redistribución de la riqueza a favor de los desfavorecidos» (8).

En la fundamentación teórica no se pueden olvidar criterios claramente de izquierdas, progresistas, como es el caso de Louis Blanc, que aceptaba abiertamente la necesidad de la intervención del Estado para remover desigualdades y para garantizar, en alguna medida, la igualdad real. Suyas son propuestas, tan innovadoras, como la defensa del derecho a una educación universal y gratuita, como el derecho al trabajo o a la búsqueda de una organización económico-política capaz de garantizar la protección a los ancianos y, en general, el derecho a la tutela frente al infortunio (9).

En la misma línea de una izquierda progresista, enfrentada a la consideración marxista del Estado como instrumento de dominación de clase, incapaz, por tanto, de cualquier acción liberadora de las clases dominadas, se encuentra el pensamiento de Ferdinand Lasalle, con su influencia sobre la política de Bis-

(8) «Estado de bienestar y sociedad de bienestar», en *La Democracia Constitucional*, Libro-Homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente, CEPC, Madrid, 2002, pág. 179

(9) Véase MÀXIME LEROY: *Histoire des idées sociales en France*, París, 1950. Cfr. G. SABINE: *Historia de la teoría política*, Fondo de Cultura Económica, 3.ª ed., Madrid, 2002, y J. TOUCHARD: *Historia de las ideas políticas*, 5.ª ed., 5.ª reimpr., Tecnos, Madrid, 1996.

marck, su contribución al nacimiento del Partido Socialdemócrata alemán y a la formulación del Programa de Gotha (tan corrosivamente embestido por Carlos Marx). Pero, junto a la aportación de esta izquierda estatalista (al cabo, triunfante frente al marxismo y más próxima a las formulaciones de Kautsky y Bernstein que a las de Marx o Engels) hay una base teórica del llamado Estado de bienestar de profunda raíz conservadora (10). En este caso, se pretende el Estado de bienestar, ya sea como ejercicio de un paternalismo altruista o como un mecanismo burgués de autodefensa frente al avance de la lucha de clases y de los movimientos revolucionarios (11).

Si las bases teóricas del Estado de bienestar son equívocas y, aún, contradictorias, no lo son menos sus plasmaciones prácticas (12). Seguramente éstas se encuentran en la Alemania de Bismarck, a quien se debe la primera promoción de un amplio sistema de protección social: de seguro de enfermedad y de accidentes de trabajo, de invalidez y de vejez; posteriormente complementado,

(10) Valga, por todas, la referencia a L. VON STEIN: *Movimientos sociales y Monarquía* (traducción de E. Tierno Galván), CEC, Madrid, 1981.

(11) Sobre todos estos precedentes teóricos, sobre la transformación social desde el Estado (socialdemocracia) o frente al Estado (izquierda hegeliana y marxismo en general), así como sobre el «rpto capitalista» que el reformismo conservador hace del Estado de bienestar; sobre, en definitiva, el drama de la izquierda progresista entre la aceptación socialdemócrata del Estado burgués y el combate antiestatalista del marxismo, véase la excelente obra de A. GARRORENA MORALES: *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1984.

(12) Incluso si se considera, como es obligado, que una de las grandes conquistas del Estado de bienestar que es, al mismo tiempo, medio y fin en sí mismo, es la universalización de la educación, podemos remontarnos a la etapa del Despotismo Ilustrado para encontrar una sólida preocupación de fomento, desde el Estado, de la instrucción pública, dentro del gran ideal de educar al pueblo (cfr. ANTOINE PROST: *L'enseignement en France*, París, 1973, o KARL SPIEBÜCHLER: «El derecho de educación en Austria», en *REDC*, núm. 7. Puede ponerse como ejemplo, además, el artículo 366 de la Constitución de Cádiz, que prescribía que: «En todos los pueblos de la Monarquía se establecerá escuela de primeras letras, en las que se enseñará a leer, escribir y contar y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles», el artículo 13 del Proyecto del Deutchs Reigch, de 1849, que establecía que: «La educación de la juventud alemana deberá ser atendida en todas partes mediante escuelas públicas. Ni los padres ni sus representantes podrán privar a sus hijos o pupilos de la enseñanza elemental obligatoria». En similares términos se expresaba el artículo 21 de la Constitución prusiana, de 31 de enero de 1859 (cfr. HANS JOACHIM FALLER: «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en la república Federal alemana», en *REDC*, núm. 7). Pero, incluso, con mucha anterioridad a la Ilustración y dentro de un Estado teocrático, en el que las funciones de la Iglesia y el Estado se confunden, merecen mención la ley de Massachusetts, de 1642, que hizo responsables a los padres de la educación de sus hijos y la de 1647 que obligaba a todo grupo de cincuenta hogares a poseer una «Grammar School».

también en Alemania, en 1911, con seguros de defunción, viudedad y orfandad (13).

No se puede desconocer que todas estas reformas de Bismarck fueron precedidas de profundas medidas, no sólo antisocialistas sino antiliberales, como son las promulgadas en 1878 que suprimen, entre otras cosas, los derechos de reunión y de asociación. Escribe E. Lamo de Espinosa que: «... como señala Durand, lo que cuenta del proyecto autoritario de Bismarck es «la voluntad de desarmar al socialismo colocándose en su propio terreno y crear, gracias al seguro social, un número considerable de personas que disfrutaran de una renta fija y que, como consecuencia, tuvieran interés en ligar su suerte a la del imperio» (14).

A partir de aquí las acciones, en el mismo sentido, de regímenes conservadores, autoritarios, reaccionarios y, aún, claramente fascistas, son sobradamente conocidos. Baste pensar en las políticas sociales de Mussolini, de Salazar o de Franco e, incluso, en las del propio Hitler.

Lo dicho no es obstáculo para que resulte, no sólo injusto, sino irreal, atribuir, al menos en exclusiva, a la derecha reaccionaria, ocupada de conservar los privilegios limitando las consecuencias de la lucha de clases, la génesis del Estado de bienestar; incluso, seguramente, es más elocuente y más intensa la acción política desde posiciones progresistas y democráticas. Piénsese, por ejemplo, en las políticas keynesianas del New Deal de Franklin Delanor Roosevelt, a partir de 1932: las políticas del laborismo británico, desde la segunda guerra mundial y, aún si cabe, con una mayor trascendencia, las políticas —muy anteriores— de la socialdemocracia sueca desde su acceso al poder. En todos estos casos, nos encontramos con políticas de procura existencial, de corte socialdemócrata, absolutamente respetuosas con la tradición constitucional y con el Estado de derecho.

Pero, ¿a dónde hemos llegado? Una vez más, a la desconexión entre Estado democrático y Estado de bienestar. Si nos situamos en el mundo contemporáneo, seguramente nos encontramos con férreas dictaduras que garantizan un Estado de bienestar. Por supuesto, cuando hablamos de Estado de bienestar no hablamos de un estado sicológico de satisfacción, sino de un Estado asistencial que preste determinados servicios, que garantice asistencia frente al infortunio; por ejemplo, Kuwait, Arabia Saudí u otros países del Golfo, aseguran importantes prestaciones, al menos, a sus ciudadanos, por lo que en algún sentido podrían entenderse como Estados de bienestar pero, de ninguna manera, ni como

(13) Cfr. A. ESPINA: «Competitividad y economía del bienestar», en *Hacienda Pública española*, I, 1995, págs. 39-40.

(14) E. LAMO DE ESPINOSA: *Op. cit.*, pág. 108.

Estados de derecho ni como Estados democráticos ni, en el sentido jurídico al que nos estamos refiriendo, como Estados sociales.

Acaso este nivel de confusiones tenga su propia explicación, al menos parcialmente, en la propia deficiencia del concepto de Estado social, no como concepto jurídico sino como concepto jurídico-constitucional. Acaso algo tenga que ver la escasa densidad jurídica del concepto, lo cual no quiere decir, ni mucho menos, su inanidad, pero sí su condición sustancial no tanto de cláusula que garantice, desde el imperativo jurídico, una realidad jurídica, como de cláusula de apertura de posibilidades (como es sabido, las dificultades del concepto jurídico-constitucional llevaron, ya desde su nacimiento en Alemania, a autores como Forsthof a considerarlo una cláusula retórica, carente de todo valor constitucional; idea que, años más tarde, en Italia, asumirá prácticamente en los mismos términos, Giannini). Y acaso eso explique que en España haya obras tan importantes, tan interesantes y tan valiosas como el *Curso de Derecho Constitucional*, dirigido por L. López Guerra que, en más de 800 páginas, no dediquen ni un sólo epígrafe autónomo a la cláusula de Estado social, siendo las referencias al mismo siempre indirectas.

2.2. *Concepto vinculado a la crítica del Estado burgués*

Ahora bien, este Estado de bienestar de origen confuso y, aún, contradictorio, como seguramente tendremos ocasión de sintetizar en la conclusión, no está directamente vinculado a ninguna realidad jurídica. Lo que no significa que prescripciones jurídicas no puedan facilitar y, en alguna medida, aun asegurarlo. En cualquier caso, la equivocidad ideológica de su génesis no impide una conclusión común: el concepto está vinculado a la crítica del Estado burgués abstencionista, a la crítica de las libertades burguesas, consideradas como meramente formales, y a la asignación al Estado de una función social. Se trata, al cabo, de una reorientación de los fines del Estado. De un lado, desde la izquierda no antiestatalista (no marxista), pero también desde la derecha más lúcida. Nos movemos en el campo de la teoría política; concretamente, en la teoría de los fines del Estado, pero ella no exige, necesariamente, una teoría constitucional.

No obstante, cuando esta pretensión sociopolítica se quiere trasladar a una realidad jurídica o a una teoría del Derecho Constitucional, el resultado es desalentador. El derecho puede pretender, y aun condicionar, un resultado económico, lo que con toda evidencia no puede es determinarlo. El resultado final escapa a la mera precisión jurídica. El derecho puede facilitar o dificultarla, lo que no puede es garantizarla.

El llamado Estado de bienestar ha sido vinculado al también llamado *capitalismo renano* triunfante, no sólo en la socialdemocracia de la segunda pos-

guerra sino, incluso, asumido por los partidos conservadores. Pero, tal forma de capitalismo, descansa en situaciones y resultados económicos sobre los que el derecho puede decir poco.

Tal forma de capitalismo, según creo —como lego en economía, hablo con extremada prudencia— descansa, en su momento, no tanto en prescripciones jurídicas como en hechos económicos. A saber.

En primer lugar, un impresionante crecimiento de la población activa a partir, entre otras cosas, de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo.

En segundo lugar, una pirámide poblacional en la que predominaba la juventud, de suerte que el porcentaje de jubilados era muy escaso respecto a la población activa; obviamente, había muchos más cotizantes que pensionistas.

En tercer lugar, una situación de pleno empleo técnico que permitía amplia financiación de un escaso paro y de un limitado infortunio.

Por último, una presión fiscal fuerte o muy fuerte que, en aquel contexto económico, no ponía en riesgo la competitividad global del sistema y permitía, sin mayores riesgos macroeconómicos, la persecución de la igualdad a través de los recursos obtenidos por el Estado.

Todo ello se ha roto (15) y, seguramente, en el nuevo contexto socioeconómico se justifica plenamente que se hable de la crisis del Estado de bienestar (16). Pero seguramente sería más justo hablar de la crisis de una forma del

(15) No soy economista ni pretendo ejercer de tal. Dejo, pues, a los profesionales, no tanto el diagnóstico, como la solución. En cualquier caso, es obvio que aquellas condiciones estructurales del capitalismo renano se han alterado de forma radical. En primer lugar, la población activa disminuye, por el puro dato del envejecimiento de la sociedad y la tendencia a la inversión de la pirámide demográfica. En segundo lugar, los avances en materia sanitaria y la propia mejora del nivel de vida, han provocado un extraordinario incremento de la longevidad, acompañado de un acusado descenso de la natalidad. Como consecuencia de ello, tiende a invertirse la relación entre productores y rentistas, abriendo el riesgo de la quiebra del sistema de protección social (más y más cara la sanidad y más pensiones). En tercer lugar, el problema se agrava con la desaparición de las situaciones de pleno empleo y un acusado crecimiento del paro que exigen, a su vez, mayor financiación para mayores situaciones de desamparo. Por último, razones de productividad y de competitividad en un mundo crecientemente globalizado, incitan también a la rebaja de los impuestos y a la disminución de la presión fiscal. Todo ello explica, seguramente, la crisis de un cierto tipo de Estado de bienestar aunque, en modo alguno, determina la cancelación del objetivo, seguramente irrenunciable, de alguna otra forma de Estado de bienestar. Según creo, lo que está en crisis, no es ni el Estado social de derecho, como principio jurídico constitucional, ni el Estado de bienestar como fin a perseguir, sino tan sólo o, si se prefiere, nada menos que, una forma histórica del Estado de bienestar.

(16) Basta, como ejemplo paradigmático, analizar el contenido de la «Agenda 2010», propuesta por el Canciller de la República Federal de Alemania y líder del Partido Socialdemócrata, Gerhard Schröder, que supone una clara reversión de derechos sociales en materia de sanidad y seguridad social.

Estado de bienestar y no del Estado de bienestar en sí mismo. Seguramente, las sociedades avanzadas están obligadas a buscar fórmulas que, sin detrimento de la competitividad, no destruyan la cohesión social, no propicien la marginalidad o, lo que se ha venido a llamar, «sociedad de dos tercios».

Pero, por importante que sea el estudio sobre aspectos tan sustantivos como los referidos anteriormente, no se nos alcanza la necesidad de vincularlos directamente a la cláusula jurídica del Estado social. Por ello, acaso sea razonable, después de habernos aproximado, de una forma inevitablemente simplificadora, a una realidad sociopolítica y socioeconómica como es la del concepto de Estado de bienestar, aproximarnos a una cláusula estrictamente jurídica como es la del Estado social de derecho.

3. LOS SUPUESTOS TEÓRICOS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El lector disculpará una apretada síntesis teórica, inevitablemente simplificadora pero necesaria, a mi juicio, para situarnos ante el problema.

Como no podría ser de otro modo, la construcción teórica del concepto de Estado social arranca de la crítica al Estado liberal burgués. Recordemos que los presupuestos epistemológicos del Estado liberal son iusnaturalistas, idealistas y racionalistas. En ellos se predica la igual dignidad de la persona, de lo que se derivan los principios de libertad y de igualdad de los seres humanos.

Pero este racionalismo individualista contempla al hombre como un ser abstracto (esto es, abstraído de la historia y de su ser existencial) del que se predica, como dato dogmático y atributo ético, como un *a priori* moral, una dignidad radical, de la que se deriva el derecho al libre despliegue de la personalidad (hará falta aguardar a Hegel para que el desarrollo del ser humano se conciba como un diálogo ininterrumpido entre conciencia y experiencia). Desde esta comprensión idealista, racionalista, individualista y carente de todo sentido histórico y sociológico, se construye el edificio liberal que trata de garantizar, más allá del estado de naturaleza, la armonización entre la libertad individual y la naturaleza social de nuestra existencia.

Desde luego sólo el derecho es capaz de crear un orden objetivo en donde el arbitrio de cada uno —en terminología Kantiana— concluya donde empieza el arbitrio de los demás. ¿Cómo encontrar una fórmula que permita que, obedeciendo al derecho, garante del orden social, uno no se obedezca sino a sí mismo, preservando la radical condición de ser libre del ser humano? La respuesta la encuentra el pensamiento liberal en el principio de autonomía de la voluntad como fuente, si no exclusiva, sí básica, del derecho. El comercio entre los hombres y, por tanto, la urdimbre social, ha de construirse desde deci-

siones individuales y libres nacidas del negocio jurídico y, singularmente, del contrato. En la medida en que la igualdad entre los seres humanos es un a priori racional y ahistórico, todos los seres humanos se encuentran en igualdad de condiciones para pactar sus obligaciones y sus derechos, que no nacen sino del ejercicio de la libertad personal.

Ahora bien, el pensamiento liberal es consciente de que la garantía de esa urdimbre de derechos y obligaciones, la garantía de ese orden social nacido del derecho privado y del principio de autonomía de la voluntad, no puede descansar en la voluntad de sus destinatarios. Hace falta una instancia externa que constriña a la voluntad rebelde al cumplimiento de sus obligaciones y hace falta una instancia externa que cree el marco normativo básico, a cuyo través fluya el principio de autonomía de la voluntad que, en definitiva, garantice el orden público interno, es decir, el orden nacido del derecho privado, y que garantice frente a la destrucción del orden por agresiones externas; esa instancia es, cabalmente, el Estado. Con otras palabras, un ente al que se le atribuye el aseguramiento del orden nacido del mercado y, en consecuencia, el monopolio de la violencia legítima circunscrita, estrictamente, a ese aseguramiento.

Ahora bien, el pensamiento liberal es consciente de que ha creado un monstruo, una instancia de dominación que genera relaciones de subordinación frente a la que no es posible el funcionamiento del principio de igualdad. Por ello al monstruo se le somete a fuertes límites y a fuertes restricciones, tanto en sus funciones de ser garante de la conservación del orden social, como en sus limitaciones, sujeto a un escrupuloso respeto de la libertad individual.

Desde aquí se explica el sentido de los derechos fundamentales, como derechos públicos subjetivos frente al Estado, y la teoría de la división de poderes, como mecanismo de control frente a la amenaza del Leviatán (17).

Es fácil comprender que las críticas al Estado liberal son, sustancialmente, críticas a sus presupuestos epistemológicos, a su falta de sentido histórico y a su incomprensión de la realidad social. Digamos, con una inevitable simplificación, que las críticas más sólidas son, al tiempo, sociológicas y socialistas. Frente a los conceptos racionalistas de igualdad y de libertad, se oponen las libertades y las igualdades reales. Frente a la idea del ser humano como ser abstracto y abstraído de la historia, se opone el ser concreto, instalado en determinadas circunstancias sociales. Frente al concepto de la libertad como dato

(17) Se podría decir que el liberalismo puro coincide con el anarquismo en una visión demoníaca del Estado. La diferencia, muy notable por cierto, es que para el anarquismo el Estado constituye una forma histórica de dominación vinculada a estructuras socioeconómicas, perfectamente superable y prescindible, mientras que para el liberalismo, el Estado es un mal inevitable; es decir, no sólo una forma histórica del poder sino una necesidad lógica del orden social.

dogmático y *a priori* ético, se contrapone la libertad como situación social; es decir, como una posibilidad de comportamiento que viene condicionada, cuando no determinada, por circunstancias existenciales. El acceso a la educación y la cultura, la instalación en la estructura social, en la forma de producción, los recursos económicos etc, todo ello conducirá en unos casos (el socialismo marxista) a sustituir el concepto de libertad por el de liberación y a sacrificar la libertad formal a la igualdad material. Pero allí en donde la superación del Estado liberal no condujo a la destrucción del Estado de derecho, ni de la democracia, se tratará de conciliar la libertad y la igualdad como aprioris morales, con su inevitable dimensión existencial; se pondrá de relieve la hipocresía conservadora que implica el principio de igualdad como puro dato formal, más allá de las desigualdades materiales. Pero ello no conduce a la negación de esa desigualdad básica, presente en multitud de relaciones sociales individuales, sino su manifiesta insuficiencia ante situaciones de clara dominación socioeconómica en las que las libertades contractuales y el principio de autonomía de la voluntad son un puro sarcasmo, una ficción que cumple una función conservadora: retroalimentar la desigualdad social.

Esto explica un proceso que acaba con el imperialismo del derecho privado, que promueve una progresiva publicitación del derecho y que, por simbolizarlo en un punto concreto, alumbró el desfallecimiento en el mundo laboral del contrato de arrendamiento de servicios y la imparable explosión del derecho laboral como un derecho esencialmente tuitivo que descansa, en última instancia, en la contemplación de la desigualdad material o de la desigualdad real (18).

Paralelamente al planteamiento teórico, se desarrolla la realidad política. El Estado liberal de derecho se transforma en Estado democrático, llegando a las últimas consecuencias de los propios presupuestos del Estado liberal (19). El sufragio universal y la generalización de los derechos de participación política tienen como consecuencia lógica e inevitable que los sectores sociales

(18) Como se ha escrito, «La sociedad por sí es el reino de la desigualdad, sus fuerzas creadoras pueden proveer a todo, menos a establecer la justicia. Las situaciones sociales que por herencia o causa ajena ponen al hombre en condición abandonada o inerte, requieren una fuerza superior a la sociedad que las libere en la justicia, y eso sólo puede hacerlo el Estado, la garantía de la situación social como previa a la situación política del gobernado sólo puede establecerla y garantizarla el Estado», en T. FERNÁNDEZ-MIRANDA HEVIA: *Estado y Constitución*, Espasa-Calpe, Madrid, 1975, pág. 341.

(19) Ya hemos dicho que el liberalismo, en la medida en que propugna la esencial igualdad y libertad del ser humano, llevaba en embrión la democracia política; el hecho de que en Europa la interferencia del principio monárquico y el obligado sincretismo histórico del liberalismo doctrinario, frenara su desarrollo, no desautorizan la petición de principio.

marginados, los excluidos de las libertades reales, una vez conquistados sus derechos de participación democrática en el proceso político, traten de imponer una comprensión del Estado como instrumento de liberación o, al menos, como garante de la igualdad de oportunidades, de un mínimo de igualdad material y de situaciones sociales que les permitan no destruir, sino universalizar el derecho al libre despliegue de la personalidad.

La consecuencia de estas pretensiones socioeconómicas, que conducirán al Estado de bienestar, tendrá su plasmación jurídica en la cláusula del Estado social de derecho. Así, como dice Pérez Royo, «... tanto desde un punto de vista lógico como histórico el estudio del Estado democrático de derecho tiene que preceder al estudio del Estado social de derecho» y esto porque «... el Estado social es una consecuencia del proceso de democratización del Estado. El Estado democrático tiene que convertirse inevitablemente en Estado social en la medida en que tiene que atender y dar respuesta a las demandas de todos los sectores de la sociedad y no exclusivamente a la de una parte de la misma» (20).

3.1. *La constitucionalización de la cláusula del Estado social*

La constitucionalización del Estado social, aunque no de forma explícita, tiene su primera manifestación en la Constitución mexicana de Querétaro (1917) y en la alemana de Weimar (1919). En ninguna de ellas se recoge la cláusula expresamente, pero en ambas, con mayor o menor extensión, se incorporan derechos socioeconómicos (más allá de los clásicos derechos liberales de autodefensa y de los democráticos de participación) que constituyen uno de los más significativos contenidos jurídicos del Estado social como aspiración al Estado de bienestar.

El fracaso de ambas pretensiones es sobradamente conocido. En el caso mejicano porque el problema político era previo, la posibilidad real del Estado democrático bajo un sistema de monopolio partidista. Lo que fracasó, en notable medida, fueron los propios presupuestos lógicos del Estado social de derecho: el Estado de derecho sin más, y el Estado democrático. En el caso alemán, el fracaso también está parcialmente vinculado al fracaso de la democracia, a la efímera y convulsa supervivencia de la Constitución de 1919, pero a ello hay que añadir una rápida neutralización del contenido jurídico de los derechos so-

(20) J. PÉREZ ROYO: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2.ª ed., Madrid, 1995, pág. 199.

ciales por la jurisprudencia que los convierte en normas absolutamente programáticas, carentes de la menor significación (ya no digo densidad) jurídica, radicalmente abandonadas a la voluntad del legislador y a criterios políticos de oportunidad (21).

Es en las Constituciones de la segunda posguerra cuando la cláusula del Estado social se hace explícita y cuando gana en consistencia y en densidad jurídica.

Con independencia de aportaciones teóricas, de indudable influencia, como la de Herman Heller, la positivación de la cláusula del Estado social, como principio jurídico y como elemento estructural de la «forma política» de la Constitución del Estado, encuentra manifestaciones parciales en la Constitución francesa de 1946, en la italiana de 1947 pero, sobre todo, (por su evidente influencia en la Constitución española) en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. El artículo 20.1 define a la República Federal alemana como «Estado federal, democrático y social». Dentro del mismo texto, el artículo 28.1 prescribe la organización de los Estados federados desde el «Estado de derecho republicano, democrático y social». Todo ello, como es bien sabido, tuvo su génesis en la organización jurídica de los *Laänder* (22).

La constitucionalización de la cláusula del *Estado social* abrió, tanto en Alemania como en Italia, notables polémicas. En esencia el debate giró en torno al alcance jurídico y a las posibilidades políticas de transformación que la cláusula abría (23). En Alemania las posiciones extremas las encabezan, de un lado, Abendrot, y, de otro, Forsthoff. Para el primero, la cláusula abría posibilidades jurídicas de transformación del modelo económico hacia el socialismo (24). Para el segundo, la fórmula carecía de contenido jurídico fuera del ámbito de la legislación y de la Administración (25).

(21) Como ha escrito W. ABENDROT: «Esta Constitución (la de Weimar) posee todo un complejo normativo de reglas de carácter social»...Aunque «La jurisprudencia de la República de Weimar transformó muy pronto en fórmulas vacías las exigencias de contenido social estereotipados en la Constitución al afirmar que se trataba de fórmulas programáticas, que carecían de significación concreta y que no tenían carácter vinculante alguno para el legislador del Reich». *El Estado social*, CEC, Madrid, 1986, págs. 17 y 19.

(22) Así, por ejemplo, en la Constitución de Baden-Würtemberg de 1946 o en la de Baviera del mismo año.

(23) Véase una precisa síntesis, en lo que a Alemania se refiere, en J. PÉREZ ROYO: «La doctrina del Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», citada. Asimismo, A. GARRERENA MORALES: *El estado español como Estado social y democrático de derecho*, citado, y A. PÉREZ LUÑO: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4.ª ed., Tecnos, 1991.

(24) *El Estado social*, citado.

(25) «La cuestión ya mencionada, esto es, de la directa aplicación de las normas constitucionales está siempre presente en las ordenaciones de carácter social. En estos casos es función

Como señala Pérez Royo (26), la mayoría de la doctrina asume una posición intermedia y matizada. De un lado se reconoce el carácter de principio estructural dotado de innegable carácter jurídico pero, de otro, en la misma línea que seguirá el Tribunal Constitucional, se delimita, a la baja, su alcance, que fija Pérez Royo en los siguientes puntos:

«1.º En que de la cláusula del Estado social no es posible deducir pretensiones inmediatas por parte de los ciudadanos.

2.º Que es en el desarrollo legislativo del Estado social donde la fórmula desarrolla su eficacia práctica.

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.

4.º En la interdependencia que se establece entre la efectividad de la fórmula Estado social y la coyuntura económica» (27).

En esa línea, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a parte de invocaciones tan frecuentes como retóricas, utiliza la cláusula de forma efectiva como elemento para reforzar la interpretación del principio de igualdad (28). Veremos que operan en el mismo sentido los Tribunales italiano y español (éste con algunos matices).

En España, la introducción de la cláusula en el artículo 1.1 CE, reforzada en otros preceptos, fundamentalmente en el artículo 9.2 y en el Capítulo 3.º del Título I, viene precedida de una notable reflexión teórica (29). Según creo, la única gran polémica que se suscita es la que procede de las tesis de Elías Díaz que parte de una interpretación dialéctica e integrada de los elementos que componen la fórmula «Estado social y democrático de derecho». Para Díaz, el Estado democrático implicaría la superación del Estado social propia del neocapitalismo con un tránsito hacia el socialismo: «El Estado democrático de Derecho aparece en esta perspectiva como superación real del Estado social de Derecho» (30).

del legislador concretar la norma constitucional de tal modo que su ejercicio sea posible con la aplicación misma de la ley así elaborada». En E. FORSTHOFF: «El concepto y esencia del Estado Social de Derecho», en la obra colectiva *El Estado Social*, CEC, Madrid, 1986, pág. 88. En Italia, una posición radical frente al alcance jurídico del principio del Estado social, en M. S. GIANNINI: «Stato Sociale: una nozione inutile», en *Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale. Scritti in onore de Constantino Mortati*, Roma, 1977.

(26) *Op. cit.*, págs. 165 y sigs.

(27) *Op. cit.*, pág. 166.

(28) *Cfr.* J. PÉREZ ROYO: *Op. cit.*, págs. 167 y sigs.

(29) P. LUCAS VERDÚ: *Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*, Salamanca, 1955. G. PECES BARBA: *Libertad, Poder, socialismo*, Madrid, 1978. E. DÍAZ: *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, 1966.

(30) *Op. cit.*, pág. 127.

Ésta sería, según Elías Díaz, la fórmula consagrada en nuestra Constitución, abriendo, así, el tránsito hacia la sociedad socialista y la superación del Estado de bienestar propia del neocapitalismo (31).

Con independencia del valor teórico de la tesis y de su honda significación filosófica, no parece que sea jurídicamente sostenible. No son estas páginas (por obvias razones de espacio) lugar adecuado para entrar en tan enjundiosa polémica. Nos limitaremos, pues, a adherirnos a algunas de las posiciones que han rebatido la tesis de Díaz, según creemos, con solvencia. Por ejemplo, Ángel Garrorena o Antonio Pérez Luño (32).

4. ALCANCE JURÍDICO DE LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL

4.1. *La naturaleza y la eficacia de los derechos fundamentales*

La superación de la radical escisión entre sociedad y Estado, propia del liberalismo burgués, desde la idea de que ser libre en el Estado y frente al Estado presupone, en alguna medida, ser libre en la sociedad; es decir, la idea de que la libertad y la igualdad, sin dejar de ser un presupuesto lógico y un a priori ético vienen, además, condicionadas por la instalación de la persona en la realidad social, por su situación económica, educativa y cultural, comportará ya un cambio en la comprensión de los derechos fundamentales.

En este sentido, los derechos fundamentales ya no son sólo un límite jurídico como derechos subjetivos frente a los poderes públicos, ya no son sólo un mecanismo de autodefensa de la sociedad frente al Leviatán que ha creado, tan imprescindible para garantizar el orden jurídico-privado, como amenazante para su supervivencia. Además de esta dimensión subjetiva e, incluso, por encima de ella, tienen una clara dimensión objetiva. Son un elemento necesario del orden social, del ordenamiento jurídico y del Estado democrático. Y es éste un primer sentido que se desprende de la fórmula política, de la decisión fundamental de construir el Estado como social y democrático de derecho.

Desde sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional recoge esta doble dimensión afirmando, de un lado, que «... son elementos esenciales de un

(31) E. DÍAZ: «El Estado democrático de Derecho en la Constitución española de 1978», en *Sistema*, núm. 41, 1981.

(32) A. GARRORENA: *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, citado, págs. 217 y sigs. A. PÉREZ LUÑO: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., págs. 229 y sigs., por supuesto, no nos referimos a la dimensión filosófico-política de las tesis de Elías Díaz, sino a su invalidez para la interpretación jurídico-positiva del art. 1-1 de nuestra Constitución.

ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y más tarde en el Estado social de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución» (33). Pero, del mismo modo, el Tribunal no deja de destacar la dimensión individual o subjetiva de los derechos, que no puede difuminarse en una funcionalización de los mismos, que acabaría por destruirlos destruyendo, no sólo el Estado de derecho y el Estado democrático, sino también el Estado social. Los derechos fundamentales, dice el Tribunal, «son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan el estatus jurídico o la libertad en un ámbito de existencia» (34).

Respecto a la eficacia, parece claro que la comprensión liberal, ya expuesta, de la dialéctica sociedad-Estado, configura a los derechos fundamentales como libertades públicas (no en el sentido de la tradición jurídica francesa, sino en el sentido de garantía de esferas de autonomía personal frente a injerencias ilegítimas de los poderes públicos). El planteamiento liberal hace absurdo, incluso, el proponer siquiera la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones horizontales o entre particulares. Hace absurda la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros. En efecto, la comprensión abstracta, racionalista e idealista de la libertad y la igualdad, como un dato dogmático ajeno a la realidad histórica y a las situaciones sociales, permite la gran e hipócrita ficción de que las relaciones entre particulares que, prácticamente, son todas relaciones de derecho civil, son relaciones igualitarias que permiten acuerdos sinalagmáticos, con un perfecto funcionamiento del principio de autonomía de la voluntad.

Es obvio que, desde los presupuestos jurídicos y políticos que conducen a la lógica del Estado social, tal planteamiento resulta insostenible, como se denuncia desde fecha muy temprana. La ficción de la igualdad formal, operando en el contexto de una desigualdad real, conduce a la conservación de la desigualdad, cuando no, a su incremento y hace que, en muchos casos, el principio de autonomía de la voluntad opere, más que como instrumento de libre equilibrio entre las partes, como instrumento de verdadera dominación. Seguramente la manifestación más intensa y más trascendente de ese desenmascaramiento de la parcial inoperancia de la autonomía de la voluntad sea, como hemos dicho, el surgimiento y desarrollo del derecho del trabajo, la construcción del contrato de trabajo frente al contrato civil de arrendamiento de servi-

(33) STC 25/1981.

(34) STC 25/1981.

cios, que abre todo un proceso de sustitución, en grandes espacios, del derecho privado por el derecho público.

Si la lógica del liberalismo burgués conduce a no considerar como potencial enemigo de la libertad y de la igualdad más que al Estado que es, por hipótesis, poder, supremacía, con el cual no cabe una relación sinalagmática y con el que no se puede entrar en comercio desde la igualdad, por lo que se le imponen límites de *ius cogens*, la lógica del Estado social exige considerar, no sólo la supremacía del poder político como destructora de la autonomía de la voluntad sino, además, la supremacía de los poderes sociales y económicos, con frecuente capacidad de aplastar la libertad. Esto dota de pleno sentido la proyección de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. La famosa *drittwirkung* alemana.

Sabido es, y no podemos entrar en ello con hondura en este breve artículo, que si bien en nuestros días es ya pacífica la atribución de alguna eficacia horizontal a los derechos fundamentales, sigue sin serlo, al menos para la mayoría, de la doctrina, la forma de dicha eficacia. Si para unos, la eficacia es directa e inmediata, irradiando de la propia norma constitucional sin necesidad de mediación alguna, para otros son los poderes públicos los que deben desplegar estos efectos ante situaciones de posición dominante o de abuso de poder. Sería el legislador, en primer término, el encargado de detectar esas situaciones de potencial dominación y ponerle límites, proyectando normativamente los derechos fundamentales. En segundo lugar, los jueces y tribunales, obligados a aplicar los preceptos constitucionales y a amparar los derechos fundamentales violados.

Creo que la polémica entre ambos planteamientos empieza a ser más ficticia que real, pues ambos mecanismos confluyen en similares resultados prácticos. Es un hecho que el artículo 9.1.c) CE somete a ella, no sólo a los poderes públicos, sino también a los ciudadanos. Es un hecho que hay numerosos derechos fundamentales cuyo sentido más hondo o, al menos, el cuantitativamente más relevante es, precisamente, el de amparar derechos fundamentales en relaciones *inter privados*; por ejemplo, los derechos de la personalidad o algunos derechos laborales. Es un hecho limitar, por vía general, comportamientos de dominación que hacen imposible o dificultan el ejercicio de los derechos en relaciones privadas y es un hecho, finalmente, la obligación de los jueces de amparar a los ciudadanos ante injerencias ilegítimas, provengan de donde provengan.

A mi juicio la verdadera diferencia radica, no tanto en la eficacia de los derechos, como en la diversa posición que, frente al ordenamiento jurídico en general y la Constitución en particular, ocupan respectivamente el Estado y los ciudadanos. El Estado es, por hipótesis, dominación, y lo es siempre, salvo en los supuestos especiales en los que él mismo renuncia al imperio y actúa en todo como un particular. Sin embargo, sería absurdo presumir que en todas las

relaciones sociales se dan situaciones de dominación que amenazan la libertad de las partes. En otros términos, se puede afirmar que en todos los actos del Estado hay una vinculación, no sólo negativa sino positiva, a la totalidad del ordenamiento jurídico, empezando por la Constitución; que el Estado sólo está habilitado para aquello que, de forma expresa o implícita, le autoriza el ordenamiento jurídico. Sería absurdo situar a los ciudadanos en semejante posición juridificando, desde la misma Constitución, la totalidad de los actos individuales, sometiendo, por ejemplo, a los ciudadanos, con carácter general y omni-compreensivo, al derecho a la igualdad en la totalidad de sus relaciones.

En definitiva, los derechos fundamentales vinculan a todos, pero no del mismo modo ni en la misma medida, sin que podamos en estos momentos desarrollar la idea con mayor precisión. El Tribunal Constitucional ha expuesto la diferente situación con notable lucidez, según creo. En la STC 177/1988, al referirse al principio de igualdad en las relaciones horizontales, afirma que su eficacia ha de ser matizada porque «ha de hacerse compatible con otros valores o parámetros que tienen su último origen el principio de autonomía de la voluntad».

Ahora bien, si todas estas consecuencias jurídicas están dentro de la lógica de la cláusula del Estado social, no se puede dejar de advertir que se ha podido llegar a iguales conclusiones doctrinales, legislativas y jurisdiccionales, sin necesidad alguna de tal cláusula. La proyección de los derechos fundamentales en las relaciones sociales (por ejemplo, la lucha contra la discriminación por razón de raza, sexo o religión) se ha desarrollado con intensidad en Estados como los Estados Unidos que, ni tienen cláusula alguna de Estado social, ni son precisamente un modelo de capitalismo renano. Se ha podido llegar a resultados muy similares con el juego simultáneo del principio democrático y del derecho a la igualdad. Esta constatación no puede dejar de incrementar un cierto escepticismo respecto a la verdadera densidad jurídica de la cláusula del Estado social como cláusula constitucional.

4.2. *Los derechos socioeconómicos*

Sin reiterar la exposición ya realizada sobre la dialéctica entre Estado liberal y Estado social y los presupuestos jurídico-políticos de este último, baste decir que el intento de reconciliación del hombre con la historia, la reivindicación de lo particular-concreto frente a lo universal-abstracto y la contemplación del hombre desde su ser existencial, amén de otras consecuencias, alumbrarán los derechos socioeconómicos, concebidos como instrumentos para garantizar las condiciones reales que hagan posible un efectivo ejercicio de la libertad.

En suma, al ser abstracto del pensamiento liberal se le enfrenta —para negarlo en el pensamiento marxista o para complementarlo en el Estado social— el ser concreto. Y, por ello, junto a las clásicas libertades liberales y a los derechos democráticos, se abre una línea de incorporación de los llamados derechos de tercera generación, de garantías de acceso a bienes socioeconómicos, derecho a la educación, a la cultura y al trabajo, protección frente al infortunio, al desamparo, aseguramiento de mínimos existenciales, etc.

Pero acontece que, si las viejas libertades liberales reclaman una esfera de autonomía personal, exenta de injerencias ilegítimas del Estado, lo que puede ser garantizado en una sociedad democrática mediante una buena ordenación jurídico-política y una adecuada tutela judicial, los llamados derechos sociales poseen un contenido positivo que reclama la acción y no la inhibición del Estado. Se trata de derechos de prestación cuya efectividad requiere la creación, organización y sostenimiento financiero de un servicio público. De ello se deriva una consecuencia capital: su eficacia ya no depende, tan sólo, de la voluntad política y de la articulación jurídica sino, además, de la posibilidad económica de crear y financiar el servicio y de la determinación de las fuentes financieras y de las prioridades del gasto público, que son funciones de naturaleza esencialmente política. Se podría decir, sin exageración, que gobernar es, en gran medida, establecer las fuentes de los ingresos públicos y jerarquizar el gasto.

No es ajeno a ello (aunque también hayan influido otras circunstancias, como la lenta depuración de la técnica jurídica en el derecho público y la costosa reconstrucción del concepto de Constitución como norma jurídica) que las Constituciones de entreguerras, que inician el replanteamiento del Estado liberal hacia el Estado social, hayan formulado «tales derechos» como meros principios o directrices al legislador, carentes de todo control jurisdiccional, ni tampoco el que la Ley Fundamental de Bonn, ante el dilema de constitucionalizar derechos de prestación, de eficacia inmediata y de dudosa exigibilidad efectiva, con el consiguiente descrédito constitucional, o prescindir de ellos, limitándose a formular la cláusula genérica del Estado social, haya optado por la segunda vía.

En España, acaso por razones pedagógicas, o por hacer más visible el principio del Estado social o la acción transformadora que se reclama de los poderes públicos, se procedió a una prolija enumeración en el capítulo III del título I, bajo el rótulo de «principios rectores de la política social y económica», cuya naturaleza jurídica de verdaderos derechos fundamentales queda desactivada en el artículo 53.3 CE, que los convierte en principios que no vinculan, sino orientan, la acción de los poderes públicos. Es decir, los construye como «derechos» de configuración legal.

No sabría decir si la incorporación expresa de esta prolija tabla de principios, a veces bajo el vocablo de derechos (a la vivienda, a la salud...) fue un acierto o un error constitucional. Lo que no puedo dejar de preguntarme es si no comporta un serio riesgo: que el lector profano de la Constitución, el no jurista, incapaz de una interpretación sistemática del texto y desconocedor, seguramente, del significado del artículo 53.3 CE, no deje de tener la sensación de que la Constitución se incumple, por ejemplo, por sus dificultades para hacer viable «su derecho» a una vivienda digna (35).

Como es sabido, el artículo 53.3 CE establece que:

«El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informarán la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

Pese a la desafortunada redacción de la última parte del precepto, no se puede negar la escasa densidad jurídico-constitucional a la que destina al capítulo III del título I. No se trata, desde luego, de negar a estos principios toda eficacia jurídica lo que, entre otras cosas, no permitiría la consideración de nuestra Constitución como verdadera norma jurídica, ni la categórica afirmación del artículo 10.1.c).

El nivel máximo de densidad jurídica de estos principios, pese a su consideración de derechos legales, se produciría si resultara admisible la inacción de los poderes públicos, singularmente del legislador, mediante un recurso de inconstitucionalidad por omisión. Aunque volveremos sobre ello, digamos de momento que hoy, tal vía no es posible en nuestro ordenamiento jurídico y sería, seguramente, indeseable en una Constitución democrática y pluralista. Al menos en lo que se refiere a inconstitucionalidad por omisión total; es decir, la pretensión de control jurisdiccional de la inhibición del legislador, ya sea en el ámbito de los principios rectores o en el de la cláusula general del artículo 9.2. Excluido este nivel de intensa densidad, lo que queda es algo, aunque no mucho.

Acaso pueda resumirse lo dicho en el siguiente párrafo del Tribunal Cons-

(35) Todos hemos oído al antiguo coordinador de IU denunciar que la Constitución se incumple porque, en la práctica, no se garantiza a todos el derecho a una vivienda digna. Seguramente esto es una seria incomprensión de nuestra Constitución y, lo que es más grave, una cierta incomprensión del alcance, función y posibilidades reales de una Constitución democrática y pluralista. En la misma línea, la pregunta 7.^a del último barómetro del CIS —septiembre de 2003— planteaba la siguiente cuestión: hasta qué punto cree usted que se respeta hoy la Constitución en España. El 43,8 por 100 de los encuestados opinaba que poco y el 9,4 por 100, que nada; es decir, un 53,2 por 100 reprochan incumplimiento del texto fundamental. Acaso ambos hechos no sean independientes.

titucional, en la STC 45/1989: «... hay que reconocer, en primer término, que la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el capítulo III del título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerado, el mandato de los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta. No cabe excluir que la relación entre algunos de estos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género, ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando ésta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucional protegida».

De este denso párrafo pueden extraerse algunas conclusiones.

1.^a Que el Tribunal Constitucional descarta implícitamente toda posibilidad de control jurisdiccional de la inhibición legislativa; es decir, la omisión plena.

2.^a Que considera improbable el control de la omisión parcial; es decir, una norma legal incompleta.

3.^a Que dentro de esa improbabilidad sólo abre posibilidades cuando hay una directa vinculación entre los principios rectores y algún derecho fundamental, singularmente el derecho a la igualdad y a la no discriminación. De hecho, y como tendremos ocasión de comprobar más adelante, éste es el único terreno en el que el Tribunal ha aplicado, mediante sentencias aditivas, la inconstitucionalidad por omisión parcial. Pero téngase en cuenta que en rigor, tanto en la práctica como en la argumentación teórica, tales sentencias aditivas sólo se aplican por violación de un derecho fundamental, como el de la igualdad, y en ella los principios rectores se limitan a cumplir una, no desdeñable pero limitada, función interpretativa (36).

Lo expuesto podría resumirse en los siguientes criterios: en primer lugar, son elementos informadores del ordenamiento, con indudable valor interpretativo. En segundo lugar, su condición de mandatos al legislador es más difícil de construir jurídicamente; descartado el control jurisdiccional de la omisión total, el control de la omisión parcial y de las sentencias aditivas sólo es operativo en directa conexión con un derecho fundamental y, básicamente, con el derecho a la igualdad que, como es bien sabido, carece de entidad sustantiva

(36) Aunque, como hemos dicho, volveremos sobre el tema, parece oportuno adelantar que tales sentencias aditivas, aunque se produzcan en el contexto de la tutela de un derecho fundamental y aunque tengan un alcance limitado en relación con las competencias de los demás poderes del Estado, no son pacíficas ni han carecido de importantes votos particulares.

propia y opera siempre en el contexto de una relación jurídica preexistente. Por último, su condición de límite frente al legislador, aunque escaso, es innegable. Escaso porque la Constitución no ha querido, ni hubiera podido hacerlo, ni dejaría de repugnar a su naturaleza de norma fundamental, diseñar un programa socioeconómico acabado; muy al contrario, y con algunas salvedades, ha abandonado a los criterios de oportunidad política de cada legislador democrático —expresión del pluralismo sociopolítico— el tiempo de la acción, el modo de la acción y su contenido. En definitiva, la oportunidad y la selección de los medios adecuados a los fines. Pero, es innegable porque, por débiles que sean los límites jurídicos que imponen, existen. El nivel de generalidad y de abstracción con que están formulados los principios, confieren al legislador un amplísimo margen de libertad política, pero no son impensables supuestos en los que el radical desmantelamiento de la posibilidad de realización de los fines constitucionalmente propuestos, permita fundamentar la inconstitucionalidad de una ley.

No obstante, la extremada falta de densidad de este límite parece incuestionable, y sólo podría alcanzar consistencia aceptando una tesis que se me antoja insostenible, y sobre ello volveré, la de la irreversibilidad de las conquistas sociales y, por tanto, la inconstitucionalidad de todo recorte de las prestaciones del Estado.

4.3. *Un caso peculiar: el derecho a la educación*

La Constitución española introduce una notable excepción en el tratamiento clásico de los derechos socioeconómicos y es la incorporación de un típico derecho social de prestación en el ámbito de los derechos fundamentales e, incluso, en el ámbito más duro porque, no se trata sólo de un derecho directamente exigible y con un contenido esencial indisponible para el legislador sino, además, de un derecho tutelado con las máximas garantías institucionales y jurisdiccionales. Nos referimos, obviamente, al derecho a la educación, recogido en el artículo 27.1 CE, dentro de la sección primera, del capítulo II, del título I. Seguramente, y desde una perspectiva política, pueda afirmarse que la configuración de este derecho, no como un mero principio rector, sino como auténtico derecho fundamental, se debe a la superior estima que merece en la lógica del Estado social, a su consideración como palanca básica e ineludible para remover los obstáculos que dificultan el ejercicio de la libertad y de la igualdad.

Amplios sectores doctrinales recibieron la ubicación constitucional de este

derecho con cierta perplejidad (37). Pero, más allá de las primeras incertidumbres doctrinales, es obvio que el derecho a la educación, ubicado en el artículo 27.1 CE, es rotundamente un derecho fundamental. Si bien es cierto que la ubicación del precepto choca, en principio, con la técnica habitual del constitucionalismo de tradición liberal democrática, en el que se reconocen como directamente exigibles los derechos de libertad, no lo es que ello venga necesariamente exigido por la técnica constitucional. En alguna medida, el constituyente se enfrentó a un problema más de prudencia política que de técnica jurídica. A un problema de realismo. ¿Suponía la construcción del derecho a la educación como derecho fundamental, es decir, como derecho subjetivo de eficacia inmediata, con contenido indisponible para el legislador y con enérgica tutela jurisdiccional, un piadoso deseo, por falta de condiciones estructurales, llamado a fracasar o, por el contrario, la organización y los recursos existentes permitían su satisfacción, con la única condición de la voluntad política? Esto último es lo que entendió el constituyente y nada, en principio, tiene que decir en su contra ni la dogmática ni la lógica jurídica.

Acaso, pues, estamos ante la manifestación más concreta y con mayor densidad jurídica de la cláusula constitucional del Estado social pero, incluso, frente a esta trascendental plasmación de la lógica del Estado social, el jurista no puede dejar de poner de relieve los límites del alcance del precepto. Éste, sin duda, garantiza el «derecho al pupitre» en la escuela, pública o privada; el derecho a la gratuidad en los niveles básicos, ya sea en la escuela pública o en la privada concertada, y el derecho de acceso a enseñanzas superiores, siempre que se acrediten los requisitos legalmente exigidos, que nunca podrán eludir el contenido esencial del derecho.

Pero, desde un punto de vista sustancial, incluso este derecho social, constitucionalizado como derecho fundamental, tiene una radical dependencia del legislador y en la política legislativa descansa la hondura de su eficacia: ¿cuál

(37) Cfr. J. PRIETO DE PEDRO: «Consideraciones sobre la enseñanza en la Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución española*, volumen II, UNED 1975. F. GARRIDO FALLA: «Comentario al artículo 27 CE», en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980. G. GÓMEZ ORFANEL: «Derecho a la Educación (comentario bibliográfico)», en *REDC*, núm. 7 y, sobre todo, en la primera aproximación al tema de A. EMBID IRUJO (que luego escribiría obras excelentes), «El contenido del Derecho a la Educación», *REDA*, núm. 31, 1981. En esta obra, Embid, siguiendo a Haberle muestra una oposición matizada que no contrapone frontalmente las libertades-autonomía y los derechos de prestación. Con todo, el problema de la naturaleza jurídico positiva del derecho a la educación permanece en una cierta nebulosa. Embid, al cabo, parece hacer suyas las matizaciones de Haberle, que «hace dependientes las prestaciones estatales del producto social bruto» y de Tomandl, que postula (sin duda, decimos nosotros, en la línea de Ernest Forsthoff) «la positivización de los derechos sociales por vía de ley ordinaria y no constitucional».

es la educación básica?, ¿hasta qué edad? ¿Cuáles son las condiciones de acceso a la Universidad? ¿Cuál es la *ratio* profesor/alumno? ¿Cuáles son los planes de enseñanza, cuáles los medios materiales y personales al servicio del sistema educativo?, etc. Todas estas y otras muchas decisiones, son del legislador y difícilmente podría imponerlas directamente la Constitución con lo que, sin duda, la eficiencia y la calidad del sistema educativo sigue descansando más en la legalidad que en la constitucionalidad. Esta afirmación sólo podría ser seriamente matizada, una vez más, si se aceptase la tesis de la irreversibilidad de las conquistas sociales. En cualquier caso, tampoco se trata de negar que el contenido esencial del derecho limita la capacidad de recortes del legislador, pero sólo cuando estos sean infundados o arbitrarios.

4.4. *La reconstrucción del derecho a la igualdad*

Como es sabido, el principio de igualdad ante la ley es uno de los pilares sobre los que se construye la revolución liberal burguesa. Su sentido histórico es profundamente progresista pues, al cabo, se trata de destruir la heterogeneidad jurídica, es decir, el abigarrado universo de privilegios propio del Antiguo Régimen. Desde el principio de igualdad se construye, no sólo el Estado liberal sino, incluso, el propio Estado, que comporta la integración de las personas en la comunidad política como verdaderos ciudadanos.

Mas, constatado esto, no es menos cierto que el principio de igualdad burgués, siempre desde los aludidos presupuestos epistemológicos idealistas y racionalistas, sólo puede significar un tratamiento igual de todos los ciudadanos jurídico-formal, con independencia de las situaciones existenciales. La universalidad y la generalidad de la ley, el trato igualitario, por diferentes que sean las situaciones de hecho, se convierte en poderoso mecanismo de conservación y legitimación de las situaciones sociales realmente existentes.

Como es obvio, y remitiéndonos a reflexiones anteriores, desde la lógica del Estado social no puede aceptarse esta comprensión del derecho a la igualdad que conduce llanamente a la identidad y que impide toda diferenciación desde presupuestos reales. Incluso se podría decir que el alumbramiento del Estado social, desde la crítica al liberalismo burgués, gira básicamente sobre la crítica al principio de igualdad liberal.

La Constitución española recoge la igualdad, primero como uno de los valores superiores del ordenamiento (artículo 1.1 CE), y después como principio jurídico y como verdadero derecho fundamental en el artículo 14 CE:

«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

El principio de igualdad reconstruido en el Estado social ya no descansa sobre los criterios de «identidad» que conducen, exclusivamente, hacia la generalidad y la universalidad de la ley y a la igualdad formal en su aplicación. La idea clave del «nuevo» derecho a la igualdad descansa en el criterio de *no discriminación* que comporta dos importantes alteraciones:

— La consideración de discriminatoria y, por tanto, de inconstitucional, de toda diferenciación constitucionalmente injustificada (irrazonable).

— Y, no sólo la aceptación, sino la promoción y legitimación de diferencias en el tratamiento jurídico que descansa en situaciones relevantes de hecho distintas: el trato igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Adquiere así, el principio, un componente material que trasciende al puro contenido jurídico-formal. Se legitima (y, como se ha dicho, se promueve —artículo 9.2 CE—) la persecución con el trato desigual de una finalidad constitucionalmente admisible, con medidas idóneas a la finalidad perseguida (idoneidad no controlable en lo que tenga de juicio político de oportunidad, pero sí en la existencia o inexistencia de un nexo lógico entre fines y medios) y la proporcionalidad entre el trato diferenciado y el fin perseguido. Todo lo cual determina la «razonabilidad» del trato diferenciado lo que, en alguna medida, apela al principio de interdicción de la arbitrariedad (38).

La práctica enseña que, desde un punto de vista jurídico, es éste uno de los ámbitos en que la cláusula del Estado social adquiere mayor densidad jurídica. «El principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 —dice el Tribunal Constitucional en fechas muy tempranas (39)— hace referencia inicialmente a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o la conveniencia de contemplar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso que puede incluso venir exigido en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra».

Esta dimensión material del principio de igualdad viene reforzada en nuestra Constitución con la cláusula del artículo 9.2, que es una cláusula habi-

(38) Esta identificación dista de ser pacífica en la doctrina, pero, como es evidente, ni es nuestro objeto ni sería posible hacer aquí un estudio específico del derecho a la igualdad, sobre el que abunda la bibliografía y sobre el que, a través de numerosísimas sentencias, el Tribunal Constitucional ha ido decantando una plausible jurisprudencia.

(39) STC 48/1981.

litadora para políticas tendentes a promover la igualdad y la libertad *efectivas* (40).

«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural».

Es bien conocido que el antecedente directo de nuestro artículo 9.2 CE se encuentra en la vigente Constitución italiana, concretamente en su artículo 3.2 (41). Y también es sabido que la sustancia jurídica del precepto, en su utilización por la jurisprudencia, no ha sido precisamente de gran densidad. Sin duda, como también en España (como tendremos ocasión de ver) ha servido para integrar y reforzar la dimensión material del derecho a la igualdad recogido en el artículo 14 CE. Pero su invocación autónoma para fundamentar en él directamente decisiones judiciales ha sido muy limitada. «... la jurisprudencia constitucional del país vecino —ha escrito Garrorena— no ha extraído ni mucho menos todas las consecuencias que una utilización prudente, pero decidida, del artículo 3.2 permitiría. Más exacto sería incluso decir que la Carta Constitucional italiana se ha cerrado ella misma esa posibilidad al evitar intencionadamente hacer uso de dicho precepto y optar por canalizar como supuestos del artículo 3.1, en el que se contempla la simple «igualdad jurídica» y, por tanto, como situaciones de «desigualdad ante la ley» entendida ésta —eso sí— en sentido lato, todos aquellos supuestos que, puesto que planteaban auténticas realidades de desigualdad social o material, debían haber sido resueltas al amparo del artículo 3.2...» (42).

(40) Con todo, a la hora de valorar jurídicamente, tanto la cláusula del Estado social como el alcance del artículo 9.2 CE, acaso convendría no olvidar que los resultados prácticos en la aplicación de políticas diferenciadoras y en su construcción jurídica, no han necesitado, en numerosos países, ni de cláusula de Estado social explícita ni de artículo 9.2. Incluso, tampoco conviene ignorarlo, y ya se ha mencionado, uno de los países donde se promueve con más intensidad políticas de «acción positiva» o de «discriminación inversa», ha sido Estados Unidos que no es, precisamente, un ejemplo de «capitalismo renano», ni de Estado social de derecho. Les ha bastado, para la construcción jurídica, con el principio democrático y la cláusula de igualdad reinterpretada desde los valores de nuestro tiempo.

(41) «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordim economica e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza de cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

(42) A. GARRORENA: *El Estado Español como Estado Social...*, cit., págs. 60-61.

En el año 1984, y ya respecto a España, escribía Garrorena: «... ante todo es obligado comenzar por reconocer que, igual que en su momento hiciera la Corte Constitucional italiana, también el Tribunal español parece estar prefiriendo en la mayoría de los casos argumentar a partir de una interpretación abierta y avanzada, generosa, del artículo 14, para con ella cubrir aquellos supuestos que implican desigualdad en las condiciones reales (desequilibrio real de trato o de oportunidad para ambos sexos, avances de contenido social...) antes que adentrarse en una indagación frontal de las posibilidades que el artículo 9.2 pudiera ofrecer en orden al enjuiciamiento constitucional de tales supuestos de desigualdad real» (43). «De todos modos —añadía más adelante— no cabe olvidar que esta jurisprudencia constitucional está todavía en sus inicios, con lo cual es inoportuno pedirle lo que no se puede dar...» (44).

Diecinueve años después (como habremos de ver) las cosas no han cambiado sustancialmente y el artículo 9.2 CE, o se invoca retóricamente sin directa vinculación a la *ratio decidendi*, o se invoca asociado al artículo 14 CE para reforzar la dimensión material del derecho fundamental a la igualdad y, singularmente, para ampliar los derechos reconocidos a otros sectores irrazonablemente ignorados por la ley y, por tanto, discriminados.

Pocas veces ha sido invocado el artículo 9.2 al margen del artículo 14 para fundamentar una decisión. Probablemente el caso más relevante es el de la STC de 4 de marzo de 1982, en la que se invoca para interpretar el alcance del principio de irretroactividad (artículo 9.3 CE), en el sentido de afirmar que la constitución no ampara la teoría de los *iura quaesitae* por oponerse frontalmente a la cláusula del Estado social y a la competencia de remoción de obstáculos que el artículo 9.2 confiere a los poderes públicos. No obstante, tampoco conviene exagerar el alcance en esta cuestión del 9.2. Para fundamentar la inconstitucionalidad de la teoría de los derechos adquiridos frente al legislador, basta y sobra la cláusula genérica del Estado social y, probablemente, basta, sin más, con la cláusula del Estado democrático.

Por otra parte, tampoco se puede olvidar que en la República Federal alemana, el Tribunal Constitucional ha llegado (y mucho antes) a similares conclusiones sobre la igualdad material, sin necesidad de cláusula alguna como las contenidas en el artículo 3.2 de la Constitución italiana o 9.2 de la española.

Con ello no se quiere ignorar ni el contenido jurídico ni la trascendencia política del artículo 9.2 CE. Me parece cierto, como ha escrito Rubio Llorente, que «... el mandato que el artículo 9.2 de nuestra Constitución da a nuestros po-

(43) A. GARRORENA: *Op. cit.*, págs. 64 y 65.

(44) A. GARRORENA: *Op. cit.*, pág. 74.

deres públicos de asegurar la igualdad real de los individuos y los grupos forma parte sin duda del orden democrático que la Constitución pretende instaurar, y sería falso una visión de éste que no la incluyera. También es evidente, sin embargo, que la realización de este mandato, que puede ser lícitamente entendido de muchas maneras y con muy distintos grados de urgencia, pertenece al ámbito de la política...» (45).

Según creemos, el artículo 9.2 CE tiene una fuerte carga jurídica y política, pero es, sustancialmente, una carga habilitadora a los poderes públicos que legitima y hace constitucionalmente inatacables una multiplicidad de políticas intervencionistas, reguladoras y redistribuidoras, con fuerte capacidad de transformación del modelo socioeconómico. En esta dimensión «habilitadora», el precepto tiene una profunda densidad jurídica. En toda pretensión de mandato imperativo (salvo que se acepten tesis como la de la inconstitucionalidad por omisión total que supone la conversión, ilegítima por antidemocrática, del Tribunal Constitucional en legislador positivo) la densidad jurídica tiende a disolverse hasta la desaparición. Aquí la palabra no la tiene el derecho constitucional sino el legislador democrático (46).

(45) *Op. cit.*, pág. 54.

(46) Sobre la inconstitucionalidad por omisión hay (de forma directa o indirecta) una notable bibliografía en español.

ACKERMAN, B.: *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, CEC, Madrid, 1991.

AGUIAR DE LUQUE, L.: «El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del Poder Legislativo y la inconstitucionalidad por omisión», en *RDP*, núm. 24, Madrid, 1987.

AHMADA RUIZ, M. A.: «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», en *RCEC*, núm. 8, Madrid, 1991.

BIDART CAMPOS, J.: *La Justicia Constitucional y la inconstitucionalidad por omisión*, El Derecho, tomo 78, Buenos Aires, 1978.

BRAGA CAMAZANO, J.: «La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español», en *REDC*, núm. 58, Madrid, 2000.

CASCAJO CASTRO, J. L.: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, CEC, Madrid, 1988.

DÍEZ ROVIRA, F. J.: «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo», en *REDC*, núm. 61, Madrid, 2001.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La inconstitucionalidad por omisión ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?», en *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996.

GÓMEZ PUENTE, M.: «Derechos fundamentales y omisión legislativa: de nuevo sobre la televisión», en *REDA*, núm. 84, Madrid, 1994.

GÓMEZ PUENTE M.: *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Mc Graw-Hill, 1997.

PÉREZ ROYO, J.: Voz «Inconstitucionalidad por omisión», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, 1995.

4.5. *El «modelo» (47) económico constitucional*

Anticipo mi incomodidad ante el término «modelo» constitucional cuando se refiere, no a la estructura del Estado ni a sus límites, sino a la realidad social o económica. El diccionario de la Real Academia establece dos acepciones que guardan relación con nuestro tema. En la primera habla de «ejemplo o forma que uno se propone y sigue en la ejecución de una obra artística o en otra cosa». En la tercera, lo define como «representación en pequeño de alguna cosa».

Mi incomodidad arranca de un concepto de Constitución que descansa en la democracia pluralista (48). En este concepto es perfectamente razonable que se diga que la organización territorial del poder del Estado descansa en un «modelo» autonómico. Que la organización del poder —en cada ámbito territorial— responde a un «modelo» (por ejemplo) de parlamentarismo monista

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: *La inconstitucionalidad por omisión*, Mc Graw-Hill, 1997.

Resulta obvio que no puedo entrar en este apasionado tema ni siquiera para esbozarlo. Hago mía la siguiente frase de Javier Pérez Royo (al menos en lo referido a la llamada «omisión total»; sobre la «parcial», aunque tengo mis dudas respecto a su existencia como tal omisión, algo diré más adelante): «La inconstitucionalidad por omisión no existe. Cuando hablamos de inconstitucionalidad por omisión estamos hablando en un sentido figurado y no haciendo referencia a un fenómeno real del universo jurídico en que nos movemos...Quiero decir con ello que la inconstitucionalidad por omisión es una creación doctrinal que no tiene traducción en el derecho positivo...» (*op. cit.*, pág. 3501). Y, seguidamente, afirma que nuestra Constitución «como casi todas, no impone ningún límite temporal al legislador para que concrete el mandato del constituyente, dejando no a su discrecionalidad sino a su libertad más absoluta la adopción de las decisiones de tipo legislativo que estime oportunas. Es en el uso de dicha libertad en el que en buena medida se expresa la acción de gobierno y de dirección política del país. Y el ritmo de dicha dirección sólo lo pueden decidir en un Estado democrático los órganos políticos elegidos por los ciudadanos en consultas periódicas, libres y competidas» (*op. cit.*, pág. 3501).

(47) El término «modelo» económico de la Constitución (como el de «modelo «educativo o «modelo» cultural) no es nada infrecuente en la doctrina, incluso en la mejor doctrina (*cfr.* A. GARRERENA MORALES: *Op. cit.*, pág. 88, o M. ARAGÓN REYES: *Libertades económicas y Estado social*, Mc Graw-Hill, 1995, varias páginas y, sobre todo, pág. 7. Me resulta evidente que en estos dos autores no se hace una utilización del término en ninguna de las acepciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Basta un lectura global de su obra para comprender que el término es, en el peor de los casos, un mero descuido semántico). No obstante, hay otros muchos autores que utilizan el término en sentido estricto, lo que entiendo inaceptable. Por lo demás, iniciar el epígrafe con esta crítica me permite, según creo y con mayor hondura, situar el problema en sus justos términos.

(48) VER I. DE OTTO PARDO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987. A. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR: «En torno al concepto de Constitución», en *La Democracia Constitucional*, Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente, CEPC, Madrid, 2003.

racionalizado. Mas, cuando nos referimos, no directamente al Estado, a una construcción jurídico-política, (sin desconocer, por supuesto, la relación Sociedad-Estado), sino a formas de organización social en una democracia pluralista, hablar —desde la Constitución— de «modelo económico», de «modelo educativo» etc, es, según creo, inquietante. De ahí mi incomodidad. Habría que hablar de un «ejemplo que se ejecuta» o de «una representación *en pequeño* de alguna cosa que se desarrolle...». En fin, habría que hablar de una Constitución que contiene en embrión todo un «modelo» de sociedad a desarrollar, pero no desde la libertad política de configuración que reclama el pluralismo democrático, sino desde la exigencia programática de la Constitución, lo que es la más cabal negación de dicho pluralismo democrático, el secuestro de los poderes constituidos por el Poder Constituyente, la atribución de tal poder constituyente, no a las generaciones vivas, sino a la clase política inicial y...etc. A ninguna Constitución, salvo que se la condene *ab initio* al fracaso del incumplimiento, se le puede exigir la función propia de las leyes (49).

No hay, pues, un «modelo» económico constitucional lo que, según creo, tampoco permite hablar de neutralidad económica de la Constitución.

La «idea» de neutralidad económica de la Constitución surge en Alemania en los años cincuenta y sesenta y se recibe en Italia en la misma época.

En Alemania, durante dicha etapa, se afirmó, doctrinal y jurisprudencialmente, la tesis de la neutralidad económica de la Constitución. Siguiendo a Ángel Garrorena, el «... Tribunal Constitucional de la República Federal alemana, en su sentencia de 1 de julio de 1954 (la fórmula del «Estado social») le ha llevado a declarar la «neutralidad» en materia económica: la misma, se viene a afirmar allí, no se compromete con ningún modelo económico, ni siquiera con el modelo neocapitalista de la «economía social de mercado», permaneciendo abierta a interpretaciones de diverso signo; el consentimiento del SPD al texto constitucional en el momento de su elaboración y aprobación,

(49) Esta actitud dogmática, no es nada infrecuente en determinadas Constituciones latino-americanas que tratan, de forma inadecuada, según creo, de resolver problemas políticos desde previsiones, no sólo jurídicas, sino constitucionales. De convertir, en fin, una Constitución nada menos que en un mecanismo de revolución social. La Constitución deja de ser el marco jurídico para la actuación política, para convertirse en el programa liberador de la sociedad. Recuérdese, sin más, el artículo 85 de la Constitución paraguaya que exige la reserva (la garantía) del 20 por 100 del presupuesto del Estado para atenciones educativas (*ope Constitutione*, con independencia de la coyuntura económica, de las necesidades sociales coyunturalmente prioritarias) y la Constitución de Brasil, que llega a fijar los tipos de interés, al margen del mercado, al margen de toda racionalidad económica. Acaso el ejemplo de Brasil sea el más nítido para demostrar que una Constitución «teóricamente» progresista le puede hacer la vida imposible a un gobierno auténticamente progresista, como el Gobierno de Lula (Luis Ignacio da Silva).

acaecidos en 1948, es decir, cuando aún este partido adoptaba una posición francamente frontal al capitalismo (faltaban todavía once años para llegar al giro conciliador que supuso el programa de Bad Godesberg) no permite referir a la intención constituyente otro tipo de conclusiones; argumento que, dicho sea de paso, podría ser trasvasado con eficacia al caso español» (50).

No hay, pues, reiteramos, ni un «modelo» económico en la Constitución ni una neutralidad de la misma en materia económica. Más bien existe, puesto que la Constitución del Estado social no se limita a ordenar al Estado sino que también constituye, de algún modo y hasta cierto punto, la sociedad, una Constitución económica, concepto ampliamente utilizado por la doctrina y recogido por el Tribunal Constitucional (51). Hay un marco que delimita, muy ampliamente, las posibilidades de la libre acción política, que ésta jamás podrá traspasar sin agredir la norma constitucional.

Como ha escrito Aurelio Menéndez (52), «La afirmación de un sistema de economía de mercado abierto no puede conducir a la conclusión de que en nuestra «Constitución económica» cabe todo, cabe cualquier programa o cualquier sistema económico. Entiendo que la flexibilidad del sistema se produce dentro de unos límites definidos por los propios preceptos constitucionales que han de ser respetados. Se quiere significar con ello que, a menos que se proceda a una reforma constitucional, no hay espacio, dentro de aquellas fronte-

(50) A. GARRORENA: *Op. cit.*, pág. 94. El propio Garrorena no acepta, desde posiciones progresistas (exquisitamente respetuosas con las tesis jurídicamente radicales de Elías Díaz) forzar las normas constitucionales hasta el extremo de hacer una interpretación «socialista» de las mismas. Garrorena, desde su extremado rigor como excelente jurista no va más allá de una interpretación, con fuertes virtualidades transformadoras (no del «modelo» constitucional, sino del modelo socioeconómico real) del artículo 129.2 CE: «Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativistas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción». Con todo, su interpretación de que tal precepto «rectamente interpretado, parece autorizar el pleno desmantelamiento de las estructuras capitalistas de la economía» (pág. 92) parece poco consistente. Su tesis, en este caso radical, fue contestada por M. A. APARICIO (*Introducción al sistema político y constitucional español*, Barcelona, 1983, págs. 81-82) desde la misma posición progresista pero desde una fundamentación jurídica que se me antoja más sólida (lamento que el espacio de este modesto trabajo no permita escribir argumentos propios). No obstante, creo que el transcurso del tiempo, la actitud y el comportamiento de los partidos de izquierda y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, han dado la razón a Aparicio.

(51) En la STC de 28 de enero de 1982, se afirma que en la Constitución española «... existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución económica o Constitución económica formal» (STC 184/1981).

(52) En *Constitución, Sistema Económico y Derecho Mercantil*, Madrid, 1982, pág. 33.

ras, para programas que ignoren los elementos públicos y sociales del modelo constitucionalizado (Cláusula del Estado social), pretendiendo afirmar la validez de un puro sistema de economía liberal con relaciones de producción simplemente autorreguladas por las fuerzas del mercado, ni tampoco para un sistema de economía colectivizada o de dirección central que ignore abiertamente la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado».

A mi juicio, este excelente criterio de mi maestro y Decano en la Universidad de Oviedo, don Aurelio Menéndez, no difiere sustancialmente del expresado, en un voto particular, por el Magistrado del Tribunal Constitucional Luis Díez-Picazo: «... la Constitución económica contenida en la Constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona, *permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajusten a los parámetros y sólo excluye aquellos que sean contradictorios con los mismos*. Por ello, nos parece que la norma del artículo 38 y la referencia a la libertad de empresa en el marco de la economía social de mercado permite un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa» (53).

Volviendo al «modelo», existe, sin duda, un modelo económico en la realidad del que el constituyente parte: exigiendo su conservación en un núcleo irreductible y posibilitando su transformación hasta ciertos límites; es decir, abriendo la puerta hacia nuevos modelos; haciendo descansar el cambio potencial en *la política*. Porque, esto es esencial, la Constitución diseña un Estado social; tiene en su horizonte finalista el Estado de bienestar (o la sociedad de bienestar (54) porque la Constitución no prejuzga la forma de alcanzar los fines del Estado social) pero, en términos generales, ignora el método más adecuado en cada momento para alcanzar el objetivo; ignora incluso la forma más idónea del objetivo mismo para satisfacerlo y ni puede ni debe establecer las prioridades en su persecución. Sólo puede diseñar un marco (de disposiciones

(53) Voto particular a la STC 184/1981, de 16 de noviembre. La cursiva es mía, precisamente para poner de relieve lo que se me antoja esencial en la opinión: la necesidad de ajustarse a los parámetros que marca la propia Constitución. Acaso hay en los últimos párrafos una redacción poco afortunada que incita a pensar en la neutralidad económica de la Constitución, que posibilita un marco puramente liberal en las relaciones de mercado. Según creo, no es exactamente la opinión que se sustenta. Ésta se refiere a un mercado limitado por los «parámetros» constitucionales incorporados en otras normas que limitan la autorregulación del mercado, la libertad de empresa y la propiedad privada. (En cualquier caso, como es obvio, la interpretación es mía, y lo único que considera desafortunado es la apelación a la posibilidad de una economía «puramente liberal» que la haría imposible, precisamente, la referencia a los «parámetros» constitucionales y, entre ellos, a la cláusula del Estado social, al artículo 9.2 CE, a la función social de la propiedad etc.

(54) Cfr. E. LAMO DE ESPINOSA: *Op. cit.*

limitativas, reconocimiento de derechos, garantías institucionales, mandatos y habilitaciones) cuya gestión encomienda al pluralismo democrático, singularmente al legislador democrático.

En este orden de ideas, la Constitución abre un campo de lícita actuación, sometido a límites en ambos sentidos:

A) En sentido transformador, las posibilidades que abren están avaladas por las amplias posibilidades de intervención estatal en el proceso económico (55) (función social de la propiedad y de la herencia (artículo 33.2 CE); dimensión social o colectiva del derecho al trabajo, que reclama una política de pleno empleo (56); subordinación de toda la riqueza al interés general (artículo 128.1 CE); reconocimiento de la iniciativa pública y de la posibilidad de reservar al sector público (socializar, al cabo) recursos o servicios esenciales o de intervenir en las empresas privadas cuando lo exija el interés general (artículo 128.2 CE); regulación de la participación en la empresa y del acceso de los trabajadores a la propiedad (artículo 129.2 CE); habilitación para la planificación estatal (artículo 131.1 y 2 CE)... y, aleteando sobre todos estos preceptos, el mandato de remoción del artículo 9.2 CE (57).

B) En sentido conservador, las posibilidades de limitación del intervencionismo están avaladas, siempre sin ánimo exhaustivo, por el reconocimiento de la propiedad privada y de la herencia como derechos fundamentales (artículo 33.1 CE), de la libertad de empresa como derecho fundamental y de la economía de mercado como garantía institucional (artículo 38 CE), etc.

Se trata de límites y de habilitaciones dentro de un gran campo de juego y el juego se desarrollará, dentro de los límites constitucionales, en el ámbito de la política (58). Sin embargo, no hay neutralidad de la Constitución económica

(55) Se comprenderá, supongo, que en este tipo de trabajo ni deba ni pueda ser exhaustivo.

(56) STC 223/1981. «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 por la otra parte de la misma». Con todo, es inocultable la inanidad jurídica de tal formulación. Salvo casos absurdos de expresa manifestación de un objetivo de incremento del paro, el Tribunal Constitucional nada tiene que decir sobre las políticas más idóneas para alcanzar el pleno empleo. Son acciones políticamente controlables pero, en lo que respecta al control jurídico, están manifiestamente fuera del alcance del Derecho.

(57) Sobre la dialéctica entre libertad de empresa y economía de mercado, y planificación e intervención públicas en el Estado social, ver M. ARAGÓN REYES: *Op. cit.* (*Libertades económicas y Estado social...*).

(58) Constatamos que, de hecho, la política, tanto la de gobiernos socialistas como de gobiernos conservadores, ha ido sustancialmente en el mismo sentido: privatizaciones, adelgazamiento del sector público, intervencionismo no *planificador*, sino *regulador* del mercado, etc.

porque existen límites en ambas direcciones: en una, los poderes públicos habilitan para intervenir internamente en el proceso económico, pero no para destruir la economía de mercado ni para invadir el contenido esencial del derecho a la propiedad privada o a la libertad de empresa. En la otra dirección, las políticas liberales tienen también su enérgica limitación: sería inconstitucional toda regulación de la propiedad privada que ignorase los intereses generales (59); un sistema fiscal regresivo o que eliminara de forma sustancial toda progresividad; toda acción tendente a consolidar o crear monopolios, etc.

En conclusión, la Constitución económica en el Estado social, una vez más, tiene honda densidad jurídica en la demarcación del campo de juego. A partir de ahí, es, sustancialmente, una cláusula que abre posibilidades al poder democrático y las abre en todas direcciones.

4.6. *Breve referencia jurisprudencial*

En España pudieron existir discrepancias doctrinales (sin duda aún persisten y persistirán en el futuro) sobre la densidad jurídica de la cláusula del Estado social, pero no sobre su inequívoca naturaleza de principio jurídico. En este aspecto los pronunciamientos del Tribunal Constitucional han sido, desde el primer momento, rotundos aún cuando, en muchas ocasiones, se tratara de pronunciamientos generales con nula incidencia en la fundamentación del fallo (60).

Salvo algunas excepciones (como, por ejemplo, la referida al principio de irretroactividad a la que ya nos hemos referido, o a la que interpreta el alcance de la legislación básica (STC de 28 de julio de 1985), la utilización de la cláusula del Estado social (abundante en la primera jurisprudencia) han ido casi siempre vinculadas (como en Alemania y en Italia) al principio de igualdad y al derecho fundamental a la igualdad. Una vez más se argumenta con la cláusula del Estado social para reforzar una interpretación material del principio de igualdad a partir del criterio de no discriminación, pero de habilitación para el

(59) Como reflexión de cierta actualidad, acaso pueda discutirse la constitucionalidad de una radical supresión del impuesto de sucesiones, con independencia de la cuantía de la herencia y de las circunstancias socioeconómicas del heredero. Al cabo, el artículo 33.2 CE no sólo establece la función social de la propiedad sino también de la herencia. ¿Puede la libertad política del legislador convertir la herencia, de forma radical, en puro asunto privado?

(60) Para no extendernos más de lo aconsejable en una cuestión que es doctrinalmente pacífica, me remito, respecto a estos pronunciamientos iniciales al trabajo, ya citado, de JAVIER PÉREZ ROYO: «La doctrina del Tribunal Constitucional...», págs. 170 y sigs.

trato razonable diferenciado, que, seguramente, como ya se ha dicho, pudiera alcanzarse con el juego del derecho a la igualdad y el principio democrático, como ha ocurrido en numerosos países que no incorporan explícitamente la cláusula del Estado social. Una vez más por razones de espacio, me remito, para el estudio de los primeros años de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a los trabajos de Garrorena y Pérez Royo (61).

Muchas de estas sentencias han sido consideradas sentencias «aditivas», puesto que al encontrarse el Tribunal con restricciones que limitan el disfrute de algún derecho a colectivos determinados, sin encontrar justificación razonable a la discriminación de otros sectores, no procede a anular la concesión del beneficio sino a expandirlo a los colectivos excluidos (62).

Sin poder detenerme ahora en un tema de notable hondura, las llamadas sentencias aditivas descansarían en *omisiones parciales* del legislador. Tal calificación hace muy difícil eludir la crítica a la aparición del legislador positivo y a la introducción de elementos de oportunidad política. Personalmente tiendo a pensar que, al igual que las omisiones totales, las parciales tampoco existen, y que lo que hace el Tribunal es una labor estrictamente jurisdiccional, de interpretación e integración de lagunas a partir de valores y principios de inequívoca condición jurídica. Lo que sí resulta inquietante, porque nunca deben ser afines al proceso de interpretación jurídica (salvo que se abrace el corrosivo e irracional *fiat justitia et pereat mundo*) son las consecuencias del fallo para los presupuestos del Estado o la salud de las empresas. Cabe plantearse sino sería más correcto denunciar la discriminación y emplazar al legislador a la toma de decisiones correctoras. El razonamiento del Tribunal no estaría guiado, en este caso, por razones de oportunidad, sino por la constatación de una inconstitucionalidad cuya reparación reclame una acción positiva.

En cualquier caso, la trascendencia política del problema queda atemperada en la medida en que se rechaza la disparatada teoría de la irreversibilidad de las conquistas sociales y, por tanto, quede en manos del legislador la oportuna corrección de una situación eventualmente insostenible. Es cierto que en la STC 81/1982, de 21 de diciembre, se argumenta, desde el carácter social y democrático de derecho, que «... debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas». Evidentemente, la clave interpretativa del párrafo descansa en la salvedad «sin razón suficiente», lo que no excluye la reversibilidad de las conquis-

(61) A. GARRORENA: *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*, citado, y J. PÉREZ ROYO: «La doctrina del Tribunal Constitucional...», citado.

(62) Véase, por ejemplo, STC de 5 de mayo de 1982, de 21 de diciembre de 1982 o la del 15 de noviembre de 1983.

tas sociales (cuando la realidad económica lo imponga) sino la reversión infundada, irrazonable y arbitraria. De hecho, el propio Tribunal argumenta más adelante: «... sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores» (63).

Ángel Garrorena concluía su epígrafe sobre la igualdad, en los siguiente términos: «De todos modos, y como advertíamos en su momento, no cabe olvidar que esta jurisprudencia constitucional está todavía en sus inicios, con lo cual es inoportuno pedirle lo que no puede dar... vistas así las cosas, tal vez sea justo concluir que la labor de nuestro Tribunal Constitucional en este punto está, desde luego, pendiente de una toma de actitud técnicamente más depurada y doctrinalmente más precisa, para que en absoluto se pueda considerar merecedora de un juicio adverso» (64).

Me temo que esas esperanzadas palabras, que buscan aliento en el futuro, no han sido debidamente correspondidas.

Una vez sentada la nueva doctrina sobre el principio de igualdad, como igualdad no sólo formal sino también, en alguna medida, material, la efectividad de la cláusula del artículo 1.1 CE o del mandato del artículo 9.2 CE, en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, ha pasado a ser cuasi irrelevante.

Hemos seleccionado los últimos años de jurisprudencia, desde 1995 a 2002. En ellos, el Tribunal ha dictado 1637 sentencias, como es obvio, de todo tipo, aunque, ciertamente, la mayoría en recursos de amparo (65). De estas 1.637 sentencias, en tan sólo diez, el Tribunal invoca —con ello no se quiere decir que constituya la *ratio decidendi*— o la cláusula social del artículo 1.1 CE o el mandato del artículo 9.2 CE. A mayor abundamiento, en algunas de estas sentencias lo que hace el Tribunal es rechazar, por absurda, la invocación de estos preceptos por parte del recurrente. Así, por ejemplo, la STC 233/1999, en su fundamento 26, repite lo contenido en la STC 37/1987: «... los artículos 1.1; 9.2; 14, 139 y 149.1.1 no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materia y en todo el territorio del Estado... lo que sería incompatible con la autonomía». Como se ve en esta

(63) Aceptar el principio de irreversibilidad de las conquistas sociales supondría haber hecho inviables algunas medidas del PSOE en materia de Seguridad Social o considerar inconstitucional la «Agenda 2010» del Canciller alemán Gerhard Schröder. Es decir, hacer imposible la gobernación y la viabilidad del Estado.

(64) *Op. cit.*, pág. 74.

(65) Se prescinde, en el estudio, de los votos particulares que nunca han llegado a configurar un cambio de doctrina y, desde luego, de los Autos.

argumentación, la cláusula del Estado social resulta irrelevante y, si se invoca es para rechazarla pues, al cabo, sobre lo que se está argumentando es sobre la dialéctica homogeneidad-diferenciación en un Estado descentralizado.

A su vez, en la fundamentación recogida en la STC 206/1997 —FJ. 20— se invoca el artículo 9.2, pero más bien en la dimensión de participación que en la de remoción de obstáculos para la libertad o la igualdad; se argumenta, en definitiva, a favor de una amplia libertad de configuración del legislador (se trata del Recurso del Gobierno Vasco contra el artículo 20.1 de la ley 8/1997, de 8 de junio, de Regulación de Fondos y Planes de Pensiones, en la que el recurrente entiende que se vulnera el artículo 9.2 CE al excluir a las Cooperativas de la gestión de los fondos).

Lo mismo puede decirse de la STC 107/1996 —caso Cámara de Comercio— en el que el Tribunal, para justificar la filiación forzosa, invoca, un tanto retóricamente, junto a otros argumentos que se nos antojan sólidos, el mandato del art. 9.2 CE de fomentar la participación. Una vez más nos encontramos con una invocación más próxima al principio democrático que al estricto sentido de la cláusula del Estado social pero que, además, en todo caso, viene a legitimar la acción del legislador desde su amplia libertad de configuración política o, con otras palabras, a bendecir el fuerte sentido del artículo 9.2 CE como cláusula de habilitación para la intervención de los poderes públicos.

En igual sentido podemos aludir a la STC 119/1995, que contiene también una invocación retórica, ajena a la *ratio decidendi*, del artículo 9.2 CE; pero, más que en la estricta dimensión del Estado social, en la dimensión de la profundización democrática, a través de la participación.

Por tanto, de aquellas diez sentencias, sólo nos quedan seis en las que hay una invocación directamente referida al Estado social; pero, incluso en ellas, no se introduce novedad alguna. A saber.

En la STC 16/1995, se produce de nuevo, por enésima vez, una interpretación del artículo 14 CE, desde el 1.1 y el 9.2 CE, para legitimar la acción positiva de los poderes públicos a fin de combatir la discriminación por razón de sexo. Nótese que se trata, no de exigir, sino de legitimar una acción positiva de los poderes públicos, lo que sitúa a la sentencia en el contexto jurídicamente suave de la cláusula de apertura de posibilidades para el legislador.

En las STC 203/2000 —FJ. 4.5— y 20/2001, se abordan dos casos similares en los que, verdaderamente, se viene a reiterar jurisprudencia sólidamente establecida. En la primera, se trata de un caso de excedencia por maternidad, debido a que la ley no contempla tal derecho para los interinos. El Tribunal cuya sentencia se recurre, desestima el recurso, limitándose a analizar si hay una diferencia razonable que justifique el trato desigual dado por la Administración —que no explícitamente por la ley— y la encuentra en la diferencia en-

tre el trabajador fijo y el interino y, en virtud de ello, en los intereses de la Administración. El Tribunal Constitucional afirma que no basta con un análisis formal de la diferencia, sino que es preciso incorporar a tal análisis las circunstancias concurrentes y «sobre todo la trascendencia constitucional de este derecho». En el mismo sentido se argumenta en la STC 20/2001; en este caso, no debido a denegación de la excedencia, pero sí a pérdida de la interinidad durante dicha excedencia. Como en el supuesto anterior, la discriminación no está en la ley, sino en su interpretación y aplicación hiperformalista, que elude el valor interpretativo de la cláusula del Estado social, del mandato del artículo 9.2 CE y de los principios rectores (protección a la familia, cuidado de los hijos) que obliga a los jueces a interpretar la ley, sin destruirla, al servicio de los valores y principios, de suerte que estos no puedan ser ajenos al juicio de razonabilidad y de proporcionalidad.

Por último, en la STC 250/2000 —FJ. 2— hay una invocación, nuevamente retórica, a los artículos 1.1 y 9.2 CE. Y decimos retórica por obvia de naturaleza y ligera de alcance e innecesaria, puesto que el fallo fue desestimatorio. Obvia y ligera en lo que tiene de recordatorio, a los poderes públicos, de su obligación de luchar contra la discriminación sexual en el trabajo (igual salario, igualdad en la definición de categoría etc); tal recordatorio al legislador es políticamente interesante, pero irrelevante en el caso. Y es retórica porque nada tiene que ver con la *ratio decidendi*, en la medida en que se trata de un caso de desigualdad, no en la ley, sino en la aplicación de la ley y en el que el fallo es desestimatorio por no apreciarse discriminación alguna.

Y esto es todo. Se comprenderá que la operatividad de la cláusula del Estado social, en estas 1637 sentencias, es prácticamente irrelevante. O se invoca para desestimar su aplicabilidad o se invoca para reiterar jurisprudencia ya ampliamente establecida, y doctrinal y políticamente pacífica.

Lo dicho puede interpretarse como fruto del éxito del Tribunal Constitucional. Es decir, los recursos fundados en estos preceptos han disminuido porque la jurisprudencia constitucional, sólidamente establecida, orienta satisfactoriamente la acción de los tribunales ordinarios, de suerte que el adecuado amparo judicial evita el amparo constitucional y, al tiempo, el legislador, debidamente aleccionado por la jurisprudencia constitucional, ya no acostumbra a dictar leyes con desigualdades irrazonables, desproporcionadas y constitucionalmente infundadas.

Pero ¿esto es todo? La perspectiva de nuevos, abundantes y trascendentales avances, por vía jurisprudencial, no parecen vislumbrarse; más bien parece que la operatividad transformadora de la cláusula del Estado social, una vez incorporado a la vida social su sentido jurídico más denso, ha quedado en manos del legislador y el contenido jurídico más evidente ha quedado situado en su

condición de cláusula de apertura, dentro del pluralismo democrático, a la acción del legislador.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Frente a las posiciones de Forsthoff o Giannini que niegan todo alcance jurídico constitucional a la cláusula del Estado social, afirmamos su inequívoco valor jurídico, porque no hay ninguna norma constitucional que un jurista pueda entender como retórica, máxime considerando el inequívoco mandato del artículo 10.1 CE. Porque la cláusula genérica del artículo 1.1 CE encuentra proyección y concreción a lo largo del texto constitucional. Porque como principio estructural que contribuye a definir la forma política del Estado, es un elemento inexcusable en la interpretación del ordenamiento jurídico en su conjunto. Porque nuestra jurisprudencia constitucional, como anteriormente la alemana y la italiana (y aún con más intensidad) no ha dejado de extraer consecuencias jurídicas de tal principio; ciertamente modestas, pero algunas de incuestionable importancia.

Con todo, la densidad jurídica de la cláusula no puede sino ser notablemente limitada porque siendo una cláusula finalista, que persigue una sociedad más justa, más igualitaria y más satisfecha en sus necesidades, no puede hacerlo, como toda norma jurídica, sino a través medios y son estos los que determinan el verdadero contenido jurídico. Al depender los fines de opciones y circunstancias políticas, económicas y sociales que ninguna Constitución, sin desnaturalizarse, podría predeterminar, los medios pasan necesariamente a convertirse en cauces muy abiertos para la acción política. La cláusula impone mandatos y fija límites, pero sustancialmente es una poderosa cláusula de habilitación para la legitimación de políticas públicas orientadas al fin propuesto. Ni la Constitución sabe la forma más conveniente del fin perseguido (el Estado de bienestar) ni mucho menos los medios más idóneos para alcanzarlo en cada momento, ni siquiera el calendario adecuado ni la administración de prioridades.

La cláusula del Estado social (a parte otras significaciones ya analizadas) abre al legislador la posibilidad de construir y asegurar el Estado de bienestar, pero por sí sola en modo alguno conduce a él. Sin duda el legislador no puede introducir diferencias arbitrarias (que serían jurisdiccionalmente corregidas), pero, en positivo, puede introducir, en aras de la igualdad material, rectificaciones a la igualdad formal, pero puede no hacerlo o hacerlo con intensidad variable. Puede dotar de la máxima eficacia a los mandatos asistenciales, a los principios rectores, pero puede no hacerlo o hacerlo con modulaciones muy di-

versas. Puede intervenir en el proceso económico (para bien o para mal, pues tampoco la Constitución —como es obvio— garantiza el acierto o el éxito) con objeto de remover obstáculos que dificulten el ejercicio efectivo de la libertad y de la igualdad, pero puede no hacerlo o hacerlo de muy diversas maneras e intensidades o deshacer lo hecho. Incluso en el supuesto más duro y denso de nuestro Estado social como es el derecho a la educación constitucionalizado como derecho fundamental, si bien hay un marco de mínimos (el contenido esencial) que nunca podría traspasarse, la libertad del legislador es amplísima (qué *ratio* profesor / alumno, qué instalaciones, qué planes de estudios, qué política de becas, etc.) y en ella descansa la verdadera calidad de la enseñanza.

Querer dotar a un principio finalista orientado a la obtención de resultados materiales en la sociedad de la misma densidad jurídica que otros principios como, por ejemplo, el del Estado de derecho, requeriría dos instrumentos que conducirían al absurdo y que ninguna Constitución podría amparar sin afectar fatalmente a tres elementos: la democracia, el pluralismo político y el más elemental sentido común. Nos referimos al control judicial de la inconstitucionalidad por omisión y el principio de irreversibilidad de las conquistas sociales. Respecto a lo primero, no puede darse tal figura de la omisión, cuando la propia Constitución ha encomendado al legislador el *tempus* y la forma de cumplir sus mandatos. Respecto a lo segundo, pretender conseguir objetivos materiales mediante el derecho ignorando las circunstancias económicas y las mismas *posibilidades materiales* es, llanamente, una necesidad.

Como ha escrito Rubio Llorente: «Las normas jurídicas son considerablemente eficaces para establecer la organización del poder y fijar los límites dentro de los que éste ha de moverse. Mucho menos, para determinar los objetivos que han de orientar su acción, los fines que el poder ha de perseguir, una función que sólo puede acometer sin caer en lo ridículo acosta de mantenerse en un nivel de abstracción que reduce casi a la nada su cocontenido real. El mandato que el artículo 9.2 de nuestra Constitución da a nuestros poderes públicos de asegurar la igualdad real de los individuos y los grupos forma parte sin duda del orden democrático que la Constitución pretende instaurar, y sería falsa una visión de éste que no la incluyera. También es evidente, sin embargo, que la realización de este mandato, que puede ser lícitamente entendido de muy diversas maneras y con muy distintos grados de urgencia, pertenece al ámbito de la política y que el marco fundamental en que ésta se desarrolla es el que viene dado por los preceptos que determinan la organización del poder, por la forma de éste. En definitiva, por la democracia procedimental que la Constitución efectivamente asegura. Es ésta, en cuanto vincula la acción del poder a la voluntad de los ciudadanos, la única que puede obligarlo a reducir las desigualdades presentes en el seno de la sociedad. Sólo en la me-

dida en la que los ciudadanos efectivamente lo crean necesario, pero al menos en esa medida» (66).

Y concluimos como empezamos. La cláusula jurídico constitucional del Estado social está orientada a posibilitar la conquista del Estado de bienestar (o la sociedad de bienestar) pero ni lo garantiza ni podría garantizarlo. Más aún, ni siquiera existe un nexo de interdependencia necesaria entre ambos conceptos que pertenecen a órdenes de la realidad absolutamente distintos. Razonamiento que seguramente explica que los más intensos Estados de bienestar no incorporen en sus Constituciones la cláusula del Estado social. Y razonamiento que explica que entre los que sí la incorporan, el Estado de bienestar es notablemente más intenso en Alemania que en España, aunque el Tribunal Constitucional alemán se haya quedado «más acá» que el español en la interpretación expansiva de la cláusula del Estado social.

Hemos discrepado con Forsthoff sobre la relevancia jurídico-constitucional del Estado social; pero compartimos su tesis de que el Estado de bienestar es, sobre todo, un «estado» de legalidad y de administración en el marco de las posibilidades económicas y de la voluntad política.

(66) «Introducción...», *cit.*, pág. 54.