

# ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIÓN

UN ESTUDIO SOBRE LA FORMA JURÍDICA DEL  
ESTADO SOCIAL Y SUS TRANSFORMACIONES A LA  
LUZ DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA

Tesis doctoral

Clara Marquet Sardà

Direcció: Dra. Mercè Barceló i  
Serramalera

Doctorat en Dret Públic. Les  
transformacions de l'Estat de Dret des  
de la perspectiva de la Filosofia del  
Dret, el Dret Constitucional i el Dret  
Penal

Departament de Ciència Política i Dret  
Públic

Universitat Autònoma de Barcelona,  
2013



# ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIÓN

UN ESTUDIO SOBRE LA FORMA JURÍDICA DEL  
ESTADO SOCIAL Y SUS TRANSFORMACIONES A LA  
LUZ DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA

Tesis doctoral

Clara Marquet Sardà

Direcció: Dra. Mercè Barceló i  
Serramalera

Doctorat en Dret Públic. Les  
transformacions de l'Estat de Dret des  
de la perspectiva de la Filosofia del  
Dret, el Dret Constitucional i el Dret  
Penal

Departament de Ciència Política i Dret  
Públic

Universitat Autònoma de Barcelona,  
2013



# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPÍTULO 1. LA CONSTRUCCIÓN DE LA FORMA DE ESTADO SOCIAL EN TORNO A DOS MODELOS JURÍDICOS</b> .....	9
SECCIÓN I. EL ORIGEN COMÚN DE LOS DOS MODELOS DE ESTADO SOCIAL .....	9
A. La insuficiencia del Estado liberal ante la sociedad industrial .....	9
B. La aparición de una nueva fundamentación jurídica del poder.....	14
SECCIÓN II. LAS DISTINTAS RESPUESTAS ANTE LA CUESTIÓN SOCIAL.....	18
A. Una respuesta inclusiva y democrática .....	18
B. Una respuesta conservadora y fragmentada .....	21
SECCIÓN III. LA TRANSFORMACIÓN DE LOS FINES Y MEDIOS DEL ESTADO .....	23
A. La incorporación de nuevos fines al Estado .....	24
B. La transformación de la estructura estatal .....	35
<b>CAPÍTULO 2. EL MODELO NÓRDICO DE ESTADO SOCIAL</b> .....	43
SECCIÓN I. LA ARTICULACIÓN JURÍDICA DEL MODELO NÓRDICO DE ESTADO SOCIAL .....	43
A. Un pacto fundacional no constitucional .....	44
i. La concepción tradicional de la Constitución en los estados nórdicos .....	44
ii. El pacto político como marco del Estado social .....	49
B. La evolución del pacto fundacional.....	53
i. La transformación del constitucionalismo nórdico .....	53
ii. La distinta incidencia de la transformación constitucional .....	57
SECCIÓN II. ELEMENTOS SUSTANTIVOS DEL MODELO NÓRDICO DE ESTADO SOCIAL .....	61
A. Los principios sustantivos subyacentes al modelo nórdico .....	61
i. La existencia de principios de valor subyacentes al modelo nórdico .....	62
ii. El principio de igualdad real como objetivo central de la configuración social .....	65
B. Los derechos sociales en el modelo nórdico.....	71
i. El reconocimiento de los derechos sociales y su naturaleza jurídica.....	71
a) Un reconocimiento constitucional reducido.....	72
b) Un reconocimiento legislativo en diversas formas .....	75
ii. El contenido de los derechos sociales .....	80

a)	Un contenido constitucional poco elaborado.....	80
b)	La determinación del contenido por el legislador y su protección normativa ..	82
iii.	Titularidad y destinatarios de los derechos sociales .....	86
a)	La amplia titularidad prevista en la Constitución y las leyes .....	87
b)	La determinación política y variable de los destinatarios.....	90
iv.	Garantías de los derechos sociales.....	92
a)	La intensa garantía institucional de los derechos sociales .....	93
b)	La particular garantía jurisdiccional de los derechos sociales .....	98
C.	La concepción limitada de los derechos económicos en el modelo nórdico.....	102
i.	El reconocimiento de los derechos económicos y su naturaleza jurídica.....	102
a)	El reconocimiento de los derechos económicos en las constituciones liberales y su posterior relativización .....	103
b)	La recuperación de los derechos económicos .....	106
ii.	El contenido de los derechos económicos y su protección normativa .....	109
a)	Un contenido de nueva construcción constitucional.....	109
b)	Los límites a los derechos económicos y su protección normativa.....	112
SECCIÓN III.	ELEMENTOS FORMALES DEL MODELO NÓRDICO DE ESTADO SOCIAL .....	116
A.	Instrumentos reguladores .....	117
i.	La concepción subyacente a los instrumentos reguladores.....	118
ii.	Los instrumentos de regulación de la esfera laboral.....	121
iii.	Los instrumentos de regulación prestacionales .....	126
iv.	Los instrumentos reguladores de la esfera económica general.....	130
B.	Instrumentos administrativos .....	135
i.	La concepción subyacente a los instrumentos administrativos.....	135
ii.	Las facultades de iniciativa pública económica.....	139
iii.	Las facultades de reserva de actividades económicas al sector público.....	144
<b>CAPÍTULO 3.</b>	<b>EL MODELO CONTINENTAL DE ESTADO SOCIAL .....</b>	<b>149</b>
SECCIÓN I.	LA ARTICULACIÓN JURÍDICA DEL MODELO CONTINENTAL DE ESTADO SOCIAL .....	149
A.	Un pacto fundador basado en la Constitución normativa y material.....	150
B.	La extensión de la construcción constitucional y su contenido.....	155
SECCIÓN II.	ELEMENTOS SUSTANTIVOS DEL MODELO CONTINENTAL DE ESTADO SOCIAL .....	161
A.	Los principios generales de valor .....	161
i.	El reconocimiento de los principios generales de valor .....	162

a)	Un reconocimiento positivo y jurisprudencial .....	162
b)	Un reconocimiento ligado a los valores constitucionales.....	166
ii.	El contenido de los principios generales de valor .....	169
a)	La introducción del principio de igualdad material y su contenido.....	169
b)	La modulación de los restantes principios generales .....	174
iii.	La eficacia de los principios generales de valor.....	178
a)	La aceptación de la eficacia jurídica de los principios generales de valor.....	179
b)	La eficacia del principio de Estado social .....	182
c)	La eficacia del principio de dignidad humana.....	184
d)	La eficacia del principio de igualdad .....	187
B.	Los derechos sociales .....	192
i.	El reconocimiento de los derechos sociales y su naturaleza jurídica.....	192
a)	Un reconocimiento positivo en diversas formas .....	192
b)	Una relativización de su reconocimiento positivo .....	198
ii.	El contenido de los derechos sociales .....	207
a)	Una delimitación realizada con particularidades y dificultades .....	208
b)	Una delimitación realizada por los Tribunales constitucionales.....	214
iii.	Los límites y la protección normativa de los derechos sociales.....	221
a)	La transformación de los límites en los derechos sociales .....	221
b)	La transformación de las garantías normativas en los derechos sociales .....	228
iv.	Titularidad y destinatarios de los derechos sociales .....	238
a)	La titularidad de los derechos sociales .....	238
b)	Los destinatarios de los derechos sociales.....	244
v.	Eficacia y garantía de los derechos sociales .....	249
a)	La eficacia objetiva de los derechos sociales y su garantía.....	249
b)	La eficacia subjetiva de los derechos sociales y su garantía .....	256
C.	La concepción limitada de los derechos económicos .....	264
i.	El reconocimiento de los derechos económicos y su naturaleza jurídica.....	264
a)	Un reconocimiento positivo en forma similar .....	265
b)	Una relativización de su reconocimiento positivo .....	270
ii.	El carácter limitado de los derechos económicos .....	273
a)	La presencia de intereses sociales en la delimitación de los derechos económicos.....	274
b)	Los límites al ejercicio de los derechos económicos.....	283

c) La dificultad de las garantías normativas de los derechos económicos .....	286
SECCIÓN III. ELEMENTOS FORMALES DEL MODELO CONTINENTAL DE ESTADO SOCIAL .....	293
A. Instrumentos reguladores .....	294
i. La finalidad subyacente a los instrumentos reguladores .....	295
ii. Los instrumentos de regulación de la esfera laboral.....	298
iii. Los instrumentos de regulación prestacionales .....	303
iv. Los instrumentos reguladores de la esfera económica general.....	306
B. Instrumentos administrativos .....	314
i. La concepción subyacente a los instrumentos administrativos.....	314
ii. Las facultades de iniciativa pública económica.....	318
iii. Las facultades de reserva de actividades económicas al sector público.....	323
<b>CAPÍTULO 4. LA FORMA EUROPEA DE ESTADO SOCIAL: UNA PROPUESTA DE COMPRENSIÓN .....</b>	<b>333</b>
SECCIÓN I. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA FORMA DE ESTADO SOCIAL .....	333
A. La existencia de una nueva legitimidad material y democrática del poder.....	334
B. El principio de igualdad real como orientador de la actuación pública.....	336
C. La obligación de procura existencial como vía de la reforma social.....	338
D. La habilitación de los instrumentos públicos de limitación del mercado .....	341
SECCIÓN II. LOS DISTINTOS MODOS DE EXPRESIÓN JURÍDICA DE LA FORMA DE ESTADO SOCIAL .....	344
A. La forma democrática pura del Estado social y su problemática.....	344
B. La forma constitucional del Estado social y sus dificultades.....	347
C. La complementariedad entre la forma democrática y constitucional.....	349
<b>CAPÍTULO 5. LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS ELEMENTOS DE LA FORMA DE ESTADO SOCIAL .....</b>	<b>353</b>
SECCIÓN I. LA FORMACIÓN DE UN ORDEN JURÍDICO EUROPEO QUE DETERMINA LAS OBLIGACIONES DE CONFIGURACIÓN SOCIAL DEL ESTADO .....	354
A. La formación de un orden supranacional con amplios efectos sobre los sistemas estatales (1957-2000) .....	354
i. La constitucionalización de un orden material limitado .....	355
ii. La expansión material de un orden constitucionalizado.....	361

B. Los intentos de modulación de la influencia del ordenamiento europeo (1992-2012)	364
i. El establecimiento de políticas y bases jurídicas sociales en el Tratado.....	364
ii. La incorporación de elementos sociales orientadores en el Tratado .....	367
iii. El replanteamiento de los principios constitucionales del Tratado .....	371
C. Los elementos del Derecho primario con influencia sobre el Estado social: una perspectiva general.....	375
i. Las disposiciones con un contenido axiológico .....	375
ii. Las obligaciones en el orden económico.....	381
iii. Las obligaciones en el orden social.....	390
SECCIÓN II. LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL FIN DE IGUALDAD REAL DEL ESTADO .....	396
A. El desarrollo del principio de igualdad en el ordenamiento de la Unión.....	397
B. La concepción europea de la igualdad y su influencia sobre el nivel estatal.....	402
SECCIÓN III. LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA OBLIGACIÓN DE PROCURA EXISTENCIAL .....	405
A. La influencia sobre los derechos sociales.....	406
i. La reducción del contenido de los derechos sociales prestacionales .....	406
ii. La limitación del ejercicio de los derechos sociales de libertad.....	411
iii. La ampliación de los sujetos respecto a los que se ejerce la procura existencial. ....	419
iv. El refuerzo de los contenidos de igualdad.....	424
v. El potencial de la Carta de Derechos Fundamentales en relación con los derechos sociales.....	429
B. La influencia sobre la función social de los derechos económicos .....	435
i. El reconocimiento de los derechos económicos como derechos fundamentales .....	435
ii. La ampliación del contenido de los derechos económicos.....	437
iii. La ausencia del interés social en las facultades transnacionales de los derechos económicos.....	440
iv. La reducción de los límites de los derechos económicos.....	443
SECCIÓN IV. LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS INSTRUMENTOS DEL ESTADO SOCIAL .....	447
A. La influencia sobre los instrumentos reguladores .....	448
i. La reducción de los instrumentos reguladores del Estado.....	448
a) La limitación del recurso a la regulación por los Estados miembros .....	448
b) La reducción del contenido de las regulaciones laborales .....	452
c) La reducción del contenido de las regulaciones prestacionales.....	456

d) La reducción del contenido de otras regulaciones del mercado .....	458
ii. El intento de recuperación de los instrumentos reguladores a nivel de la Unión	461
a) Las dificultades competenciales para la regulación a nivel de la Unión.....	462
b) Las dificultades de técnica reguladora a nivel de la Unión.....	465
B. La influencia sobre los instrumentos administrativos .....	469
i. La determinación previa del ámbito del mercado a través del concepto de actividad económica.....	469
ii. La reducción de la facultad estatal de excluir sectores de actividad respecto al régimen de mercado.....	475
iii. La facultad de exceptuar las normas de la competencia en relación con los servicios de interés económico general .....	479
a) Las condiciones de aplicación del artículo 106.2 TFUE.....	479
b) El régimen aplicable a los servicios de interés económico general.....	484
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>491</b>
<b>SUMMARY (IN ENGLISH) .....</b>	<b>513</b>
<b>CONCLUSIONS (IN ENGLISH).....</b>	<b>518</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>535</b>

# INTRODUCCIÓN

El trabajo que se presenta tiene por objeto el estudio de la forma jurídica del Estado social y las transformaciones que en ella produce el ordenamiento de la Unión Europea\*. La integración de los estados europeos en un orden jurídico supranacional, que adquiere un contenido y una forma propios, ha supuesto una modificación profunda de las estructuras existentes a nivel nacional, lo que hace surgir la duda acerca de la medida en que han quedado afectadas aquéllas que se relacionan con el Estado social. Sin embargo, el análisis de dicha transformación requiere, previamente, establecer cuáles son los elementos constitutivos de esta forma de Estado: esclarecer esta cuestión, que no ha sido objeto de una construcción elaborada en la doctrina, constituye el primer objetivo de la tesis, siendo posible sólo a partir de aquí abordar el segundo, que consiste en hallar el sentido de las modificaciones concretas que se producen por el Derecho de la Unión en cada uno de sus elementos.

La transformación del Estado social parece actualmente manifestarse de forma evidente, ante la tendencia al retroceso en las prestaciones y servicios que se produce en gran parte de los estados europeos. Sin embargo, más allá de la disminución en el nivel o calidad de las prestaciones otorgadas –aspectos sin duda importantes-, la cuestión que se plantea, desde el Derecho constitucional, es si estos cambios, ligados evidentemente a una situación de crisis económica, se producen como expresión de una modificación más profunda, que puede tener lugar en relación con la propia forma de Estado –esto es, en la relación entre poder público e individuo, y las obligaciones y deberes que aquél tiene respecto a éste-. El enfoque de la investigación parte, por tanto, de la evidencia de transformaciones que se producen en la práctica del Estado –en un proceso de crisis que afecta a todos sus atributos clásicos- pero, más allá de ello, aspira a proporcionar, a través del estudio del Derecho, una idea más precisa del sentido y razones de estas modificaciones, y en especial de la medida en que afectan a la propia estructura del Estado.

---

\* El trabajo que se presenta se ha realizado gracias a una beca predoctoral de formación de investigadores de la Generalitat de Catalunya (2008-2011), y a una beca de postgrado otorgada por la Fundación Caja Madrid, que ha permitido la realización de una estancia de investigación en la *Université Libre de Bruxelles* (2012-2013). Asimismo, se ha gozado de una beca del Institut d'Estudis Autònoms de Catalunya para la realización de una estancia de investigación en el *Institutet för Framtidsstudier* de Estocolmo (Enero a Marzo de 2009), y de una beca de la Generalitat de Catalunya para la realización de una estancia de investigación en la *Université Catholique de Louvain* (Marzo a Junio 2011).

La perspectiva constitucional adoptada adquiere, por tanto, toda su relevancia, no en cuanto a la determinación de los cambios en la regulación social o laboral específica, sino en lo que concierne al propio poder estatal, y a su capacidad de realización de una actividad de configuración del orden social y económico. Se plantea, en concreto, hasta qué punto puede restringirse la función social del Estado sin que se produzca una modificación en su forma, o bien orientarse su actividad a objetivos distintos, en un proceso gradual de modificación que acabe por desnaturalizarlo. Ello no parte de una idea predeterminada de cuál deba ser la función que corresponde al Estado –cuestión que depende de su configuración en cada ordenamiento según lo acordado por la ciudadanía-, si bien sí busca poner de relieve los cambios que se producen en la configuración atribuida al poder público durante largo tiempo en los ordenamientos europeos: es a la descripción de estas modificaciones, desentrañando las razones y pre-concepciones que las fundamentan, a lo que se orienta este trabajo, sin prejuzgar evidentemente –lo que no sería posible desde el Derecho- la virtualidad o eficacia de estas nuevas orientaciones del poder para realizar los objetivos que se le atribuyen en relación con la esfera social y económica.

El estudio de la transformación del Estado social resulta, no obstante, altamente complejo, en la medida en que no se halla en el ámbito europeo una teoría general que haya desarrollado y explicado sus distintos sus aspectos característicos clásicos. Si el Estado de Derecho tiene en el Derecho constitucional europeo unos elementos claramente definidos –aunque su modo de realización pueda variar en los distintos sistemas-, el Estado social no ha alcanzado una elaboración teórica similar, debido probablemente a una mayor disparidad entre sistemas, y especialmente a las dificultades de pensar esta configuración del poder desde una rama del ordenamiento –el Derecho constitucional- que se orienta precisamente a la garantía de la separación entre Estado y sociedad. La necesidad de una intervención del poder público en el orden social y económico, imprescindible para la realización de la función social del Estado, ha tenido un difícil establecimiento a través del Derecho constitucional, que se ha considerado tradicionalmente poco adecuado o incluso incapaz de proporcionar esta forma al poder público. Aunque esta concepción se ha modificado posteriormente, a través de la evolución de las normas constitucionales y de su elaboración doctrinal y jurisprudencial, ha persistido en cierta medida la ausencia de una reflexión jurídica general acerca de los elementos constitutivos de esta forma de Estado, y la carencia de una construcción teórica sobre sus aspectos constitucionales, que defina qué elementos del ordenamiento determinan su configuración.

El análisis de las transformaciones producidas deviene, por ello, ciertamente complicado, quedando el alcance de los retrocesos y cambios oscurecido en gran medida por la ausencia de un punto de partida claramente definido. Si ello puede parecer lógico, en cuanto la forma de Estado y las obligaciones del poder público evolucionan con el desarrollo de la sociedad sin mantenerse estáticas, esta indefinición permite al mismo tiempo una amplia adaptación y elasticidad de esta forma de Estado, adoptándose un concepto semántico de Estado social en el que parece caber cualquier contenido: toda actividad del Estado en relación con la sociedad se considera manifestación del Estado social, sin tener en cuenta sus concretos fines y efectos, y posibilitando una modificación de las características originales de esta forma de Estado que pasa en gran medida desapercibida y minusvalorada. El carácter gradual de las modificaciones, referidas a menudo únicamente al nivel o intensidad de las actuaciones públicas, hace difícil determinar en qué momento su acumulación produce un cambio en la forma de Estado, conduciendo ello a una situación en que toda modificación parece justificable en atención a las evoluciones de la sociedad, sin valorarse en qué medida constituye una separación de los postulados clásicos de esta forma de Estado.

Tampoco la fuente de dichas transformaciones aparece, no obstante, claramente definida, siendo el ordenamiento de la Unión Europea únicamente parte de los factores que confluyen en el proceso de modificación al que se halla sujeto el Estado social. Si el Derecho de la Unión tiene una evidente influencia sobre los sistemas sociales nacionales, siendo la perspectiva de este estudio adecuada para determinar los cambios producidos, debe verse también que estas modificaciones se ubican en un proceso complejo que se produce a escala mundial, en el que la configuración jurídica de las instituciones responde a cambios ideológicos y filosóficos diversos, en el marco de un fenómeno de globalización que transforma las estructuras estatales. El estudio se centra en las modificaciones producidas por el Derecho de la Unión Europea, considerándose ésta la influencia más importante que sufren los estados europeos, pero este ordenamiento supranacional constituye en realidad una manifestación de un fenómeno más amplio, que implica opciones determinadas de contenido en la concepción del poder público y su relación con el orden social y económico.

El doble objetivo del trabajo –la definición de los elementos constitutivos de la forma de Estado social y la determinación de sus transformaciones- condiciona su propia estructura, que dedica, como se verá, una extensa parte a la construcción del Estado social a nivel nacional, situando el estudio de sus transformaciones en una parte posterior, aparentemente más reducida. Ello resulta lógico, sin embargo, si se piensa en la dificultad que presenta la primera parte de la tesis, dada la diversidad de ordenamientos estatales a estudiar y la

ausencia de una visión uniforme sobre el Estado social que pueda fácilmente dar lugar a una teoría general sobre los elementos constitutivos de esta forma de Estado. El primer objetivo de la tesis obtiene un mayor espacio en su estructura total, pero ello resulta únicamente de la necesidad de establecer unos presupuestos conceptuales sólidos para el estudio del segundo: las menores dimensiones de la segunda parte, sin perjuicio de que ésta deba ser posteriormente desarrollada, responden precisamente a la claridad conceptual ya obtenida previamente, y a la necesidad de examinar únicamente un sistema jurídico –el sistema de la Unión–, en relación con la forma europea de Estado social ya definida.

En el nivel nacional, los ordenamientos europeos que se toman como referencia son aquellos más representativos, que pueden aportar, en tanto que sistemas-origen de otros afiliados, un mayor grado de perfeccionamiento y madurez de sus instituciones y conceptos jurídicos<sup>1</sup>. Se incluyen así, los sistemas escandinavos –especialmente Suecia–, así como los estados continentales –especialmente Alemania, Francia y España–, siendo ambos grupos parte de la familia jurídica de *civil law*, y permitiendo ello una mayor uniformidad conceptual en las categorías de análisis utilizadas. Ello no significa que no se haga referencia a otros sistemas en momentos puntuales, pero el objeto del estudio se centra en los ordenamientos mencionados, excluyendo además los sistemas de *common law*: a pesar de haber tenido éstos una gran importancia en el desarrollo inicial del Estado del bienestar, se ha considerado que sus particulares características no permiten una comparación en términos conceptuales similares, lo que hubiera significado un trabajo de construcción y traducción entre familias jurídicas que, siendo probablemente interesante, habría extendido excesivamente el objeto de análisis.

El estudio del Estado social en los ordenamientos citados parte de dos cuestiones estrechamente conectadas, que se examinan conjuntamente: por un lado, se trata de determinar cuáles son los principios estructurales que definen el Estado social, y que pueden permitir hacer referencia, a pesar de sus distintas configuraciones, a una única forma de Estado social; por otro lado, debe verse cómo a través del Derecho se han establecido y garantizado estos elementos estructurales, y la problemática que ello ha planteado en los diversos sistemas. Esta aproximación conlleva un cierto riesgo de generalización, dado el análisis realizado a partir de la construcción de “modelos” y el carácter estructural de los principios que se buscan, pero ello es imprescindible en todo estudio que pretenda hallar las

---

<sup>1</sup> El estudio de los “sistemas-padre” que dan origen a otros similares en los estados circundantes, se halla ampliamente admitido. Véase ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein; *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 41 y ss.

líneas maestras de la configuración del Estado en sistemas jurídicos distintos, y no empece al rigor del trabajo de extracción de estos principios, independientemente de que éstos sean necesariamente generales.

La exploración de los sistemas nacionales se realiza a partir de la confrontación de los dos modelos principales de realización del Estado social en el ámbito europeo –el modelo nórdico y el modelo continental-, cuyos elementos se analizan a través de diversas categorías que permiten ver sus características particulares. Es cierto que dentro de cada modelo existen variaciones, adquiriendo acentos diversos en los distintos estados, pero a nivel general los rasgos jurídicos de construcción del Estado social muestran una distinción entre estos dos bloques, llevando a la luz vías distintas de establecimiento y configuración jurídica de esta forma de Estado: el examen de las diversas categorías de elementos –en concreto, los elementos materiales, los elementos formales y su articulación jurídica-, pone de relieve las diferencias entre ambos grupos de estados, al tiempo que muestra las razones y motivos de su configuración jurídica. La construcción de estos dos modelos permite explicar la construcción del Estado social desde perspectivas distintas, y estudiar la problemática que presentan, planteando al mismo tiempo soluciones que puedan establecerse en ambas vías.

Los “elementos materiales” del Estado social vienen constituidos por las normas o principios jurídicos que orientan sustantivamente la actuación pública de configuración social y económica. Más allá del fin de garantía de la libertad y seguridad del Estado liberal, el Estado social implica la realización de actuaciones que alteran el libre funcionamiento del orden social y económico, existiendo en los distintos ordenamientos una serie de principios axiológicos y de normas más concretas –derechos u obligaciones sociales, derechos económicos configurados con una función social- que indican al Estado los aspectos que debe realizar en la esfera social. Los elementos materiales pueden adquirir, así, una mayor o menor concreción, pero suponen en todos los sistemas la determinación del “qué” debe hacer el Estado, debiendo verse cuál es la orientación concreta que le proporcionan, y qué margen de elección dejan a los poderes públicos.

Los “elementos formales” del Estado social, por su parte, se entienden como los instrumentos o facultades que adquiere el poder público en esta forma de Estado, y que le sirven a la realización de los aspectos materiales en el orden social y económico. Se trata, en concreto, de las facultades de intervención en la esfera social y económica, que quedan determinadas también a través del Derecho, indicando el “cómo” deben realizar sus actuaciones: se hablará así, por un lado, de instrumentos de regulación del orden social y económico, que permiten la normación y ordenación de las actividades privadas; y por otro,

de instrumentos de intervención administrativa, que posibilitan la puesta en pie o la asunción de servicios y actividades económicas por el Estado. No se incluyen, no obstante, los instrumentos relativos a la capacidad financiera y de gasto público del Estado: si bien su estudio resultará necesario para comprender en su totalidad la capacidad de actuación del Estado social, constituyen en todo caso una consecuencia de las actividades materiales que le corresponden, lo que justifica por el momento su exclusión en aras a preservar las dimensiones del trabajo.

La “articulación jurídica” del Estado social en los distintos ordenamientos hace referencia, por último, al modo de determinación de los distintos elementos de esta forma de Estado, que puede poner un mayor énfasis en la vía constitucional o en la vía legislativa. La distinta concepción de la Constitución en ambos modelos, y las diversas corrientes de filosofía jurídica predominantes, han conducido a un modo de determinación diferente de los elementos materiales y formales del Estado social en ambos grupos de estados, dando lugar a formas jurídicas diferenciadas. La problemática que plantea la garantía de los elementos del Estado social por el Derecho se presenta, no obstante, en ambos casos: como se verá, tanto una garantía democrática pura como la garantía constitucional han encontrado importantes dificultades para asegurar el mantenimiento y la realización concreta de las actividades sociales correspondientes.

El examen de los ordenamientos nacionales a través de estas categorías ocupa los tres primeros capítulos de la tesis. Tras un primer capítulo donde se realiza una aproximación histórica a la formación del Estado social, los capítulos segundo y tercero se dedican al modelo nórdico y al modelo continental de Estado social respectivamente, analizando su articulación jurídica, sus elementos materiales y sus elementos formales. Las tres categorías de elementos se examinan de forma paralela en ambos modelos, si bien el estudio del sistema continental es relativamente más extenso, en la medida en que ubica un mayor énfasis en la garantía constitucional y constituye el modelo en el que se enmarca el Estado español, presentando una mayor proximidad e interés para la comunidad jurídica española, y planteando asimismo mayores dificultades que el modelo nórdico –donde la garantía constitucional ha tenido un menor desarrollo–.

El capítulo cuarto constituye, a partir de este análisis, el nexo entre el estudio de los ordenamientos estatales y el estudio del ordenamiento europeo, intentando extraer, de los capítulos previos, los rasgos que conforman la forma de Estado social en los sistemas europeos. Se trata de un capítulo conclusivo del análisis de los modelos estatales, que contiene, partiendo de los elementos comunes hallados en el modelo nórdico y el modelo

continental, una propuesta de comprensión de la forma de Estado social en los sistemas europeos, detallando sus componentes estructurales y sugiriendo un modo de articulación jurídica concreta de los mismos. Ello permite, posteriormente, estructurar el estudio de la influencia del ordenamiento europeo en función de estos distintos elementos, posibilitando un análisis concreto de su efecto en cada uno de ellos, y determinando el alcance de su influencia en los aspectos constitutivos de la forma europea de Estado social.

El análisis del Derecho de la Unión Europea se contiene en el capítulo quinto, que toma en cuenta principalmente el Derecho primario de la Unión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Si es cierto que el Derecho derivado contiene amplias determinaciones en cuanto a la protección social y laboral en el ámbito supranacional, a los efectos de este trabajo, y por la perspectiva constitucional adoptada, es suficiente tener en cuenta el Derecho primario, centrándose el estudio en los principios estructurales de la Unión Europea. Es la influencia de estos principios, que condicionan tanto la actuación de las instituciones y órganos europeos como la de los Estados miembros, lo que quiere analizarse, con el fin de determinar en qué medida quedan afectadas por ellos las estructuras propias del Estado social, independientemente de la legislación concreta aprobada a nivel europeo. La capacidad del poder público estatal y comunitario de mantener una actividad social depende de la propia configuración del orden europeo en los Tratados –sus objetivos y orientaciones-, y de su interpretación por el Tribunal de Justicia, que los dota de contenido en función de las necesidades de la integración europea.

El análisis del Derecho de la Unión parte necesariamente de su consideración como integrante de los ordenamientos estatales, condicionando el Derecho interno y la actuación de los poderes nacionales. El concepto de integración o cesión de competencias estatales y la naturaleza del orden supranacional establecido no son objeto de un específico estudio, sino que el ordenamiento europeo se toma como elemento dado, para evaluar, conforme a las categorías establecidas previamente, su influencia hacia los elementos que caracterizan el Estado social europeo. Si no puede pretenderse, evidentemente, que el ordenamiento de la Unión se dote de principios o estructuras sociales idénticas a las existentes a nivel estatal – éste no es el sentido del análisis-, sí debe analizarse en qué medida los principios y objetivos propios de la Unión, que suponen la toma de opciones concretas de contenido, pueden tener efecto sobre los elementos estructurales de esta forma de Estado.

Las conclusiones finales de la investigación se refieren, principalmente, a la determinación de dichas transformaciones, y por tanto al segundo objetivo de la tesis. En la medida en que el capítulo cuarto extrae ya las conclusiones pertinentes sobre el estudio de los

modelos estatales y realiza una propuesta concreta de comprensión de la forma europea de Estado social, las conclusiones finales no retoman enteramente lo que ya se contiene en este capítulo, centrándose en las consecuencias que se desprenden del análisis del sistema europeo sobre los elementos estatales establecidos previamente. Ello no significa olvidar las dificultades y los puntos débiles que presenta esta forma de Estado en el nivel nacional, sino intentar integrar su problemática en el marco supranacional en que se inserta actualmente, para evaluar su capacidad de resistencia y las mutaciones que en ella se producen. Sólo de este modo puede comprenderse en toda su amplitud la situación del Estado social ante los desarrollos actuales, y su transformación en un contexto global que puede afectar a sus características originales.

# **CAPÍTULO 1. LA CONSTRUCCIÓN DE LA FORMA DE ESTADO SOCIAL EN TORNO A DOS MODELOS JURÍDICOS**

El Estado social se construye, en los estados europeos, a partir de unos presupuestos que se sitúan en las transformaciones sociales originadas por el desarrollo de la sociedad industrial. La existencia de un cambio sustantivo en la forma de Estado parece ser a menudo cuestionada, dada la diversidad de configuraciones existentes en los estados europeos y su articulación distinta al Estado de Derecho, pero en realidad se produce en todos los ordenamientos un cambio en la concepción del poder público, que pasa a considerarse responsable de la realización de ciertas tareas en la esfera social y económica, y a ser portador de la realización de determinados valores y bienes materiales que requieren su intervención en el orden social. Dicha modificación de la forma de Estado tiene, así, un fundamento común en todos los sistemas, que implica una nueva relación del poder público con el individuo (Sección I): ello da lugar a respuestas diversificadas (Sección II), y se expresa en una transformación de los fines y medios de los Estados que adquiere también características propias en cada ordenamiento (Sección III), pero constituye expresión de una misma evolución en la concepción del Estado y su relación con el individuo.

## **SECCIÓN I. EL ORIGEN COMÚN DE LOS DOS MODELOS DE ESTADO SOCIAL**

La construcción de la forma de Estado social tiene en el continente europeo, con los matices y particularidades propias de cada área, un cierto origen común en el establecimiento del Estado liberal y democrático, que se revela, no obstante, insuficiente ante las transformaciones sociales que provoca su propia creación. Ello dará lugar a una completa alteración y refundación de su fundamento jurídico, que conducirá a la asignación al poder público de un fin específico de transformación social.

### **A. La insuficiencia del Estado liberal ante la sociedad industrial**

La formación del Estado social constituye un proceso complejo, que responde a factores jurídicos y extra-jurídicos diversos. La construcción del Estado de Derecho en contraposición a las monarquías absolutas constituye el punto de partida indisociable de todos los estados europeos, y es también, por tanto, el común denominador que, con distintas expresiones y junto a otros elementos –como la progresiva industrialización, las reformas agrarias, o el proceso de democratización-, conforman el conjunto jurídico-político que da lugar paulatinamente a la creación de una nueva forma de poder público. Este proceso se produce

tanto en la Europa continental como en los estados escandinavos: a pesar de que adquiere connotaciones diversas en los dos grupos de estados, pueden identificarse en ambos grupos rasgos comunes que definen una evolución similar.

En la Europa continental, el proceso de sumisión del poder absoluto al Derecho, por el que se construye progresivamente un Estado sujeto a normas jurídicas, se produce por distintas vías: en esencia, una vía revolucionaria, que encarna la Revolución Francesa y que supone la destrucción por la fuerza de las estructuras del Antiguo Régimen con el fin de realizar los principios de libertad e igualdad; y una vía de construcción jurídica abstracta, que encarna la progresiva formación del Estado alemán y que implica la creación de un sistema de Derecho público que compatibiliza los poderes de la monarquía y del Parlamento, limitando y formalizando jurídicamente el ámbito de actuación de ambas instituciones.

Pese a sus importantes diferencias, ambos procesos se complementan, y se nutren, como es bien sabido, de un cierto sustrato filosófico común, que viene dado por las ideas de la Ilustración y por la noción de Estado que de ellas se desprende. La idea de la organización del poder público conforme a los principios derivados de la razón humana –la idea, por tanto, de la determinación del poder por el hombre, y no por la regla divina-<sup>2</sup> culmina en la construcción abstracta y *a priori* del concepto de Estado<sup>3</sup>, como medio racional de realización de la libertad y de la moral a través del Derecho, que se escinde de la sociedad: la concentración del poder político en una única estructura burocrática, despojando a los individuos de todo poder, conlleva su sumisión en igualdad a un único marco normativo, que deriva de la expresión de su propia voluntad<sup>4</sup>. Así se refleja, por excelencia, en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 (art. 16), y en las posteriores constituciones decimonónicas de los diversos estados continentales, que establecen la organización del poder público y sus límites frente a la sociedad.

En los Estados nórdicos, el proceso de construcción del Estado de Derecho tiene lugar aproximadamente en el mismo período –principalmente, en el siglo XIX, salvo alguna

---

<sup>2</sup> Se pone de manifiesto en esta etapa el proceso por el cual el gobierno del Estado empieza a pensarse de forma racional, conforme a los ideales que surgen del conocimiento de la realidad por la razón humana. De este cambio de perspectiva surge como es sabido la doctrina de los derechos naturales, de la división de poderes, y del contrato social como fundamento del Estado. Véase, respectivamente, LOCKE, John; *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Alianza Editorial, 1990, p. 102-103; MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1985; ROUSSEAU, Jean-Jacques; *El contrato social*, Madrid, Aguilar, 1969.

<sup>3</sup> KANT, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 139 y ss. En desarrollo de esta idea de Estado, VON HUMBOLDT, Wilhelm; *Los límites de la acción del Estado*, Tecnos, Madrid, 2009 (2ª ed.), p. 51.

<sup>4</sup> SOTELO, Ignacio; *El Estado social: antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 23 y ss.

temprana excepción en Suecia<sup>5</sup>. No obstante, su construcción sigue un camino propio, que combina elementos provenientes del continente europeo con sus propias particularidades. La menor duración y los especiales rasgos que adquiere el absolutismo en los países escandinavos<sup>6</sup>, junto con una cierta tradición anterior de gobierno limitado del monarca en equilibrio con otras instituciones<sup>7</sup>, propician una transición menos traumática hacia el Estado liberal, que tiene lugar, lejos de la vía revolucionaria, por medio de la progresiva erosión del poder monárquico y la búsqueda de un cierto equilibrio con las funciones del Parlamento<sup>8</sup>.

La adopción de un nuevo sistema político adquiere carta de naturaleza en estos estados a través de las constituciones adoptadas en la primera mitad del siglo XIX (Suecia 1809, Noruega 1814, Dinamarca 1849), y se construye y desarrolla a lo largo de todo ese siglo. Las particularidades de estos documentos constitucionales –en especial, su singular concepción del principio de división de los poderes, que da lugar más bien a monarquías constitucionales limitadas<sup>9</sup>–, impiden considerarlos como artífices de un cambio estructural radical respecto al Estado absoluto, si bien sí deben entenderse como el punto de partida para una transformación

---

<sup>5</sup> La denominada “Era de libertad” (1718-1772) supuso en Suecia una experiencia pionera de monarquía constitucional limitada. Tras la muerte del Rey Karl XII sin heredero se aprobó un Instrumento de Gobierno (1719 y 1720) que establecía importantes funciones para el Parlamento (formado por cuatro estados) y para el Consejo, resultando en la práctica un parlamentarismo *de facto*. En 1766, se aprueba la Ley de Libertad de Prensa (*Tryckfrihetsförordningen*), la primera de este tipo en la historia. CRÖNHULT, Per; “Introduction”, en TIBERG, Hugo; STERZEL, Fredrik; CRÖNHULT, Per; *Swedish Law- A Survey*, Juristförlaget, Stockholm, 1994, p. 32 y ss.

<sup>6</sup> El absolutismo se impone en Dinamarca y Suecia a partir del reinado de Fredrik III (1648) y de Karl XI (1660) respectivamente, y se extiende hasta principios del siglo XIX. Su particularidad radica en la fundamentación de la monarquía absoluta en una idea contractual de aceptación de esta forma de gobierno por la población, y no en la simple imposición de un gobierno de origen divino. Especialmente significativa es la aprobación en Dinamarca de la Ley del Gobierno Autoritario y Hereditario (1665), en la que la monarquía absoluta hereditaria es aceptada por el Consejo de Gobierno. Sobre ello, NORDSTROM, Byron J.; *Scandinavia since 1500*, University of Minnesota, 2000, p. 57 y ss.

<sup>7</sup> La existencia del Parlamento en Suecia, por ejemplo, se remonta a 1435, a pesar de que tenía atribuciones muy reducidas. El reinado de Gustav Vasa (1523-1560) dio lugar a una organización del poder en la que participaban, junto al Rey, el Consejo Real como órgano principal de gobierno y de administración central, y un conjunto de Tribunales que adjudicaban en nombre del Rey. Desde 1713, el control del monarca se ejerce por un alto representante (*ombudsman*), convertido actualmente en el Canciller de Justicia. CRÖNHULT, Per; “Introduction”, *op. cit.*, 1994, p. 30 y ss.

<sup>8</sup> Sobre este proceso, HÅSTAD, Elis; *The Constitution of Sweden*, Fritzes Hovbokhandeln, Stockholm, 1954, p. 6 y ss. A pesar de la ausencia de una gran revolución, cabe señalar que se producen en los estados nórdicos momentos de ruptura con el absolutismo, como la deposición del Rey Gustav IV en Suecia (1809), la independencia de Noruega respecto a Dinamarca (1814), o la muerte del Rey Fredrick VII en Dinamarca (1848).

<sup>9</sup> El principio de separación de poderes se entiende fundamentalmente como un principio de división del poder entre el monarca y el Parlamento, lo que da lugar a un sistema en el que el Rey conserva importantes poderes. En Suecia, por ejemplo, el Instrumento de Gobierno de 1809 establecía un poder ejecutivo compartido entre el Rey y el Consejo de Estado; un poder legislativo atribuido al Parlamento, con intervención del Rey en determinados asuntos; y un poder judicial con un peso muy reducido, ejercido por órganos judiciales nombrados por el Rey. Sobre ello, BULL, Thomas; “Maktdelning i den svenska författningen?”, en FRÄNDBERG, Åke; HEDLUND, Stefan; SPAAK, Torben (eds.); *Festskrift till Anders Fogelklou*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2008, p. 19-31.

que se produce progresivamente: el Estado se forma, en este proceso, como estructura dotada de poder público, cuya actividad se separa de la sociedad y queda limitada ante el individuo – véase, en este sentido, el reconocimiento de derechos en las constituciones nórdicas mencionadas<sup>10</sup>–.

Es cierto que el Estado de Derecho adquiere en estos países una formulación ligeramente distinta a la de la Europa continental. La específica influencia del idealismo escandinavo –en especial el mantenimiento de una cierta concepción organicista del Estado<sup>11</sup>– comporta que, si bien éste se define como personificación abstracta y dotada de autonomía, los derechos de los individuos, a pesar de reconocerse, se consideran durante largo tiempo intereses sometidos a su voluntad, presentando el control del poder público serias dificultades a este respecto<sup>12</sup>. La construcción del Estado liberal en los países nórdicos pone énfasis, por ello, no tanto en la sujeción de las autoridades públicas al Derecho –que nunca tuvo una formulación tan acabada como en la Europa continental–, sino en la democratización de las estructuras estatales y en la creación de un sistema parlamentario, en el que la ley fuera producto de la representación de todos los ciudadanos<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> El Instrumento de Gobierno de Suecia (1809) no contenía una declaración de derechos, si bien su artículo 16, que establecía obligaciones del Rey respecto a los individuos, fue interpretado en cierta medida como tal. La Constitución noruega (1814) reconocía ciertos derechos liberales, como la libertad de expresión (art. 100) o la libertad de comercio (art. 101). La Constitución de Dinamarca (1849) contenía importantes derechos liberales, como el derecho de propiedad (art. 72) o la libertad de expresión (art. 77).

<sup>11</sup> De acuerdo con el idealismo racional de BOSTRÖM, el Estado se concibe como entidad racional que se halla por encima de los ciudadanos, y que se equipara a la idea de justicia (se adopta la idea hegeliana del Estado como entidad ética), cuya personalidad jurídica se halla representada por el monarca. BOSTRÖM se constituye como el gran defensor de la monarquía constitucional existente en el siglo XIX, a pesar de que su idea de “representación” denota una concepción del Estado como entidad abstracta y distinta al propio monarca. CARLSSON, Jan; *Statsabsolutismens rättsfilosofi. En studie av Boströms och Hägerströms rättsfilosofi med avseende på deras bakgrund, innehåll och konsekvenser för juridiken*, Lunds universitet, 2001, 32 y ss.

<sup>12</sup> En Suecia, por ejemplo, a pesar de que el principio de legalidad penal se considera establecido desde 1864, el principio de legalidad administrativo no ha sido establecido con claridad hasta el siglo XX. A pesar de la posterior evolución interpretativa de este principio, no fue hasta la década de 1940, con los pilares del Estado social ya establecidos, cuando se empezó a discutir sobre la necesidad de establecer un principio de legalidad más fuerte. Sobre ello, STERZEL, Fredrik; “Legalitetsprincipen”, en MARCUSSON, Lena (ed.); *Offentligrättsliga principer*, Iustus Förlag, Uppsala, 2006, p. 47 y ss.

<sup>13</sup> Ello se refleja en las diversas reformas del funcionamiento del Parlamento que se realizan en esta etapa. En Suecia, la Ley del Parlamento de 1866 establece un Parlamento bicameral, con la primera cámara elegida indirectamente por las comunas y la segunda escogida directamente por sufragio censitario. Desde 1917 se desarrolla en la práctica un régimen parlamentario. En Dinamarca, la Constitución de 1849, ampliamente liberal, estableció un Parlamento bicameral (*folketing*), y las funciones de las dos cámaras fueron variando, adoptándose un Parlamento unicameral finalmente en 1953. En Noruega, el Parlamento (*storting*), establecido desde la Constitución de 1814, ha sido siempre unicameral, si bien hasta 2009 se elegía entre los diputados un grupo que constituía una suerte de cámara alta (*lagting*) dentro de la cámara escogida (*odelsting*). El sistema parlamentario se considera establecido por costumbre constitucional desde 1884. Finlandia representa en cierta medida una excepción, puesto que, tras la independencia de Rusia en 1917, establece en la Constitución (1919) y en la Ley del Parlamento (1906) un sistema semi-presidencial, con amplios poderes del Presidente de la República.

A pesar de estas variaciones en su construcción, el Estado liberal seguirá en los países continentales y escandinavos una evolución parecida. El establecimiento progresivo de la sociedad industrial, con las profundas transformaciones sociales que conlleva, dará cuenta de la insuficiencia de este Estado ante los problemas sociales que afronta: la creciente complejidad de la sociedad, con el favorecimiento del sistema de mercado como instrumento principal de relación entre los individuos<sup>14</sup>, y la limitación severa de los cauces y formas de solidaridad existentes hasta la fecha<sup>15</sup>, conducen a una grave situación de pauperismo, ante la que el Estado se revela, en la forma adquirida, incapaz de actuar.

En los países nórdicos, la situación social adquiere particularidades que atribuyen a la problemática social un foco distinto. El retraso en la industrialización, los procesos de reforma agraria llevados a cabo durante el siglo XIX y los singulares rasgos de los centros urbanos<sup>16</sup> originan un contexto en el que el mantenimiento de los vínculos tradicionales de solidaridad mitiga y retrasa en cierta medida la influencia del liberalismo económico<sup>17</sup>, si bien no impide la formación de una situación generalizada de pobreza, que afecta al conjunto de la población. La cuestión social adquiere en estos países, por tanto, un contenido ligeramente

---

<sup>14</sup> El pensamiento liberal adquiere en su vertiente económica una gran importancia en los países europeos, en los que el establecimiento de la libertad de industria y de comercio, junto con el esquema de individualismo creado tras la Revolución Francesa, supone una gran expansión del mercado, como entidad que se considera autorregulada y autónoma respecto a cualquier normación jurídica, ética o social que se fundamente en valores no económicos. Sobre ello, POLANYI, Karl; *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Ediciones La Piqueta, Madrid, 1989, p. 122 y ss.

<sup>15</sup> En Francia, a pesar de que el constitucionalismo revolucionario inicial aceptaba la actuación pública para la realización de derechos sociales (derecho a la instrucción pública, derecho a los socorros públicos reconocidos en la Constitución francesa de 1791), el liberalismo económico niega absolutamente su realización a través de vínculos corporativos de solidaridad social. Ello se refleja en la supresión de todos los cuerpos intermedios y corporaciones a través del establecimiento de la libertad de profesión en el Decreto de Allarde de 2 y 17 de marzo de 1791 y la Ley Le Chapelier de 14 de junio de 1791. En Alemania, la responsabilidad del Estado por la situación social se complementa con la formación en la sociedad civil de un campo libre de asociaciones, iniciativas caritativas y filantrópicas, que tienen sus raíces en parte en anteriores corporaciones estamentales y asistenciales de iglesias y municipios, y que llevan a cabo una asistencia social de carácter corporativo y comunitario. DONZELOT, Jacques; *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Librairie Arthème Fayard, 1984, p. 49 y ss. RITTER, Gerhard; *El Estado social, su origen y evolución en una comparación internacional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, p. 67 y ss.

<sup>16</sup> El proceso de reforma agraria que tiene lugar en los estados nórdicos durante el siglo XVIII, a través del cierre y nueva parcelación de tierras aumenta el número de propietarios agrícolas independientes. No se produce una gran migración a las ciudades puesto que no había en ellas una industria desarrollada que atrajera a la población, sino que las industrias del metal y el acero se situaban en el campo. HECKSCHER, Eli F.; *An Economic History of Sweden*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1954, p. 131 y ss.

<sup>17</sup> El liberalismo político y económico nórdico tuvo su más importante antecedente en el siglo XVIII en Anders CHYDENIUS, quien propugnaba el derecho de propiedad como derecho sagrado del individuo y el respeto a la armonía natural del mercado libre como finalidad del Estado. En el siglo XIX, el liberalismo nórdico recibe una importante influencia francesa (la influencia británica es escasa), especialmente en autores suecos como el ministro GRIPENSTEDT (1851-1866), Hans FORSSELL o J. W. ARNBERG. A pesar de producirse la desregulación de algunas industrias, la mayor influencia del liberalismo escandinavo fue en la línea de abrir las economías nacionales a otros estados. Sobre ello, NORBERG, Johan; *Den svenska liberalismens historia*, Timbro, Stockholm, 1998.

distinto, si bien plantea un mismo problema al Estado liberal: su ineficacia ante esta situación de pobreza revela, como en los estados continentales, la dificultad de legitimar una estructura de poder que no sirve o que ignora deliberadamente los intereses de la mayor parte de su población.

## **B. La aparición de una nueva fundamentación jurídica del poder**

La problemática social que genera el establecimiento de la sociedad industrial y la libertad de mercado revela características importantes del funcionamiento del orden social y económico y, en especial, de la relación del individuo con el mismo. Ello planteará exigencias inéditas hasta la fecha para el poder público, originando una transformación fundamental de su base y de su finalidad: el Estado pasa a garantizar, no únicamente los derechos naturales formalmente reconocidos, sino la integración de todos los individuos en condiciones de libertad e igualdad reales, lo que lo dotará de nuevos poderes y tareas respecto a la sociedad.

El reconocimiento formal de la libertad y la igualdad de todos los sujetos, surgido de las primeras revoluciones liberales, no esconde las dificultades de su realización efectiva, ante las desigualdades de hecho que aparecen en el conjunto social. Ello da lugar a la emergencia en esta etapa de múltiples voces que, desde diversas disciplinas –la filosofía, la sociología-, confluyen en el estudio del individuo y su relación con el entorno, poniendo de relieve la modificación de las relaciones sociales en la sociedad industrializada: en un marco de división y especialización del trabajo, el sujeto no puede satisfacer por sí mismo todas sus necesidades, sino que depende para ello del intercambio y de la relación que establezca con los demás miembros de la sociedad<sup>18</sup>.

Esta nueva concepción del individuo, superando su visión aislada propia del primer liberalismo, va a conducir, correlativamente, a una construcción renovada del poder público. Así aparece, en especial, desde la obra de HEGEL, donde el sujeto se describe como ser concreto que, más allá de ser titular de derechos y obligaciones jurídicas, se halla especificado y determinado por sus necesidades y circunstancias personales –en especial las relaciones de propiedad y trabajo-. El Estado constituye, para el autor, el único medio de realización efectiva de la libertad del individuo: como corporación que surge de la propia sociedad civil,

---

<sup>18</sup> Así lo pone de relieve la sociología y la ciencia política en esta etapa, en especial DURKHEIM, Émile; *La división del trabajo social*, Akal Editor, Madrid, 1982, para quien la división del trabajo en las sociedades modernas tiene la función de crear lazos de solidaridad que funcionan a través de los grupos en los que se inserta el individuo. Asimismo, WEBER, Max; *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1964 (2ª ed.), p. 306 y ss, quien destaca el cambio que supone la evolución de las sociedades domésticas a las sociedades mercantiles modernas.

incorpora el interés común y preserva al mismo tiempo los intereses particulares, asumiendo así la tarea de materializar el “orden de la razón”<sup>19</sup>.

Los desarrollos posteriores de esta filosofía –en su vertiente revolucionaria, por un lado; y en su vertiente reformista, por otro- ponen énfasis asimismo en la importancia de las relaciones de propiedad y de trabajo para la determinación efectiva de la igualdad y la libertad de los individuos, si bien atribuyen al Estado papeles distintos. La situación de desigualdad que denuncia MARX a causa de la sujeción del obrero en la relación de trabajo y sus distintas posiciones respecto a los medios de la naturaleza, le conducen a afirmar al sujeto como artífice de la lucha y realización de un nuevo orden social, suprimiendo el poder público existente –a través de la conocida “revolución del proletariado”-<sup>20</sup>. La misma situación conduce, por el contrario, a respuestas distintas en los reformistas: VON STEIN admitirá el papel estructurador de la propiedad en las relaciones sociales, pero considerando que ésta debe mantenerse, y que corresponde al Estado llevar a cabo una reforma social que permita a todos los sujetos la adquisición y el acceso a los medios de producción<sup>21</sup>.

A pesar de la disparidad de soluciones propuestas, estos aspectos filosóficos revelan la importancia atribuida a los elementos externos de la esfera social y económica –el trabajo, la propiedad- en la determinación de la situación real del individuo. Ello se refleja a nivel jurídico, tanto en los países continentales como escandinavos, en la adopción por el Estado de nuevas funciones, que se inician con la promulgación de las primeras leyes de regulación laboral<sup>22</sup>, y se extienden posteriormente a la articulación de mecanismos de socialización de los riesgos sociales –en especial, la legislación sobre seguros sociales<sup>23</sup>- así como al establecimiento de los primeros servicios públicos<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich; *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968 (5ª ed.), 1968, p. 172 y ss. MARCUSE, Herbert; *Razón y revolución. Hegel y el surgimiento de la teoría social*, Alianza Editorial, Madrid, 1984 (8ª ed.), p. 171.

<sup>20</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich; *El manifiesto comunista*, Edicomunicación, Barcelona, 1999, p. 112 y ss.

<sup>21</sup> El autor considera que la finalidad del Estado debe ser elevar al máximo el desarrollo de los individuos. Para ello, debe conseguir la participación orgánica de los ciudadanos en su voluntad (Constitución), y debe ofrecerles todos los medios aptos para conseguir su más elevado desarrollo personal (Administración). VON STEIN, Lorenz; *Movimientos sociales y monarquía*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 195.

<sup>22</sup> Las primeras leyes laborales conciernen en todos los estados la protección de mujeres y niños en el trabajo, y la regulación de la jornada laboral. Así, por ejemplo, la Regulación prusiana de 1839; la Ley francesa de 22 de marzo de 1841, reguladora del trabajo de los menores; la Ley danesa de 1873 sobre protección de los menores en el trabajo industrial; la Ordenanza real sueca de 1881 sobre empleo de menores en fábricas, talleres y otros establecimientos industriales; y la Ley española de 24 de julio de 1873, sobre trabajo en talleres e instrucción en las escuelas de niños obreros (ley Benot).

<sup>23</sup> La legislación sobre seguros sociales supone un importante paso adelante en la modificación del sistema de responsabilidad en el ámbito laboral. Se sustituye así el régimen inicial de responsabilidad por culpa –en el que la negligencia del empresario debía ser probada como causa del daño- por un régimen de responsabilidad

Estos mecanismos suponen una importante novedad respecto a la legislación anterior sobre asistencia a la pobreza<sup>25</sup>. Su articulación implica la aceptación por el poder público de una función más compleja respecto al individuo, que toma en cuenta su entorno y las circunstancias que lo determinan –sus propiedades, sus posibilidades de trabajo-, con el fin de establecer en la sociedad condiciones que permitan una mayor realización de la igualdad y de libertad efectiva. La creación en esta etapa de diversas comisiones y órganos públicos para el estudio de los problemas sociales, que impulsan reformas y medidas de modificación de las situaciones conflictivas, refleja la preocupación del Estado por el entorno y las relaciones sociales en las que participa el individuo, en tanto que determinantes de su propio desarrollo<sup>26</sup>.

Es cierto que este proceso genera también enormes reticencias y dificultades a lo largo de todo el siglo XIX. La formación del Derecho laboral, escindido paulatinamente de la regulación civil de las relaciones privadas, halla su punta de lanza en la protección de mujeres y niños y se extiende sólo lenta y trabajosamente al equilibrio entre patrono y obrero en todas las relaciones de este ámbito<sup>27</sup>. Los mecanismos de previsión social, resultantes inicialmente de la asociación voluntaria entre trabajadores, no obtienen apoyo público hasta una etapa bien posterior, cuando el Estado decide fomentar e implicarse activamente en la protección social

---

objetiva, que se basa en el concepto de riesgo profesional, como elemento inherente a la sociedad moderna. Son muestras de su aparición las Leyes alemanas de seguro social por enfermedad (1883), por accidente de trabajo (1884) y por invalidez o vejez (1889); las Leyes francesas de seguro contra los accidentes de trabajo (1884) y de seguros sociales (1936, a través de los Acuerdos de Mattignon); las leyes danesas de subsidio a los fondos privados de enfermedad (1892), de seguro contra los accidentes de trabajo (1898) y de seguro de desempleo (1907); y las leyes suecas de seguro por accidente de trabajo (1901), de seguro de enfermedad (1910) y de pensiones de vejez y discapacidad (1913).

<sup>24</sup> Se introducen por ejemplo los servicios de instrucción o educación pública obligatoria en todos los estados a lo largo del siglo XVIII y XIX. Asimismo, el Estado fue adquiriendo funciones en relación con los servicios de salud, ya fuera a través de seguros públicos (Alemania) o apoyando a los seguros privados ya existentes, hasta establecerlos como obligatorios (Suecia). El apoyo a las instituciones tradicionales de caridad dio lugar posteriormente a la creación de hospitales e instituciones públicas de asistencia sanitaria.

<sup>25</sup> La idea clásica de la asistencia a la pobreza partía de un esquema de ayuda caritativo y estigmatizante, que se atribuía por voluntad de los órganos públicos o de las instituciones de beneficencia según las características del sujeto, y que obligaba al individuo a someterse a las condiciones establecidas, y a revelar sus circunstancias personales. Véase RITTER, Gerhard; *El Estado social, su origen y evolución en una comparación internacional*, op. cit., 1991, p. 51 y ss.

<sup>26</sup> Así se refleja, en España, con la creación de la Comisión de Reformas Sociales (1883), que dio paso posteriormente al Instituto de Reformas Sociales (1903), o en Francia, con la creación del Consejo superior del trabajo (1899).

<sup>27</sup> En Francia, por ejemplo, derechos como la asociación y la huelga sólo son reconocidos a partir de 1864, y la libertad sindical a partir de 1884 (Loi Waldeck-Rousseau). A partir de 1868, el testimonio del patrón y el del obrero se sitúan en situación de igualdad. En 1894, se aprueba una ley sobre las normas de las instalaciones industriales. No es hasta 1900 cuando se aprueba una ley general limitando en todos los casos la jornada laboral a 11 horas. Sobre ello, SUPIOT, Alain; *Le droit du travail*, PUF, Paris, 2004, p. 13 y ss.

de los obreros, financiando estos fondos de previsión y regulando los sistemas de seguro en los distintos ámbitos<sup>28</sup>.

Esta misma dificultad revela, sin embargo, la profundidad del cambio que suponen estas nuevas actividades del Estado. Frente al dogma del Estado liberal, que impedía su intervención modificadora del orden social<sup>29</sup>, el poder público asume funciones de incidencia en esta esfera, ampliando la finalidad de su actuación: el Estado no se limita ya a la simple garantía de unos derechos formalmente reconocidos a los individuos, sino que empieza a considerar sus posibilidades de realización efectiva, teniendo en cuenta la posición del individuo en la sociedad y su dependencia respecto al entorno y las circunstancias que lo rodean. Ello sitúa el orden social y económico en manos del poder público, quien regulará e intervendrá en cierta medida las distintas situaciones sociales, con el fin de asegurar el disfrute de todos los derechos en condiciones de igualdad real y efectiva.

Ello se refleja especialmente en la legislación social del cambio de siglo, y se afianza y sedimenta progresivamente hasta modificar, en cierto sentido, la propia concepción y fundamento del Estado. La nueva consideración del individuo confiere al poder público una finalidad distinta –la creación de un orden social y económico determinado-, y lo dota de un nuevo fundamento que sirve de base a su legitimación: ésta depende, no ya de la protección de ciertos derechos formales del ciudadano, sino de la capacidad de asegurar su vigencia, garantizando la seguridad del individuo en su desarrollo integral y, por tanto, en el conjunto de sus relaciones en la sociedad. El Estado social se constituye, así, como nueva fundamentación del poder, cuya legitimidad reside en la integración real de todos los sujetos –por ello, la apertura democrática a todos los intereses-, permitiendo su participación en la vida económica, política y social en condiciones de igualdad.

Así se refleja en las constituciones continentales del siglo XX y en los pactos fundadores del sistema social en los diversos países escandinavos. Si en el esquema continental esta concepción del poder implica el reconocimiento de derechos sociales y el control de las libertades económicas a nivel constitucional, en los países escandinavos el pacto social adquirirá una mayor amplitud y tendrá un reflejo político, dotando también al poder público

---

<sup>28</sup> En Francia, se crean en 1868 dos cajas de seguros, sobre la vida y los accidentes de trabajo. En 1884 se aprueba la Ley sobre el seguro contra los accidentes de trabajo. En los países escandinavos, se combina también la presencia de cajas de socorros con la legislación de seguro social, que aparece en relación con los accidentes de trabajo (Noruega, Ley de 1894; Finlandia, Ley de 1895; Dinamarca, Ley de 1898; y Suecia, Ley de 1901).

<sup>29</sup> Ello debe no obstante matizarse, puesto que las intervenciones que fomentaban la actividad empresarial y el comercio eran permitidas, siendo muy frecuentes durante todo el siglo XIX. Sobre ello, BASSOLS COMA, Martín; *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1988 (2ª ed.), p. 26.

de amplias facultades de intervención social. La nueva fundamentación del poder se halla, por tanto, presente en todos los estados europeos como origen del Estado social, si bien da lugar a distintas construcciones ante la cuestión social.

## **SECCIÓN II. LAS DISTINTAS RESPUESTAS ANTE LA CUESTIÓN SOCIAL**

A pesar de partir de una misma fundamentación del poder público y su finalidad en relación con el individuo, los distintos países dan respuestas diversificadas a los problemas sociales que afrontan. Puede hablarse, en los estados escandinavos, de una respuesta progresista inclusiva, que se produce a través de la participación de todos los ciudadanos y la comprensión de la cuestión social como un problema del conjunto de la población; frente a la respuesta conservadora fragmentada que se adopta en los estados continentales, en virtud de la cual se intenta un mayor control social a través del favorecimiento de ciertos colectivos, en aras a evitar la conflictividad. Sin embargo, estas distintas construcciones tendrán también consecuencias inversas a las esperadas a largo plazo: si el modelo escandinavo se plantea como una respuesta inclusiva para el conjunto de la sociedad, ello generará un amplio control social del poder público sobre la población, poniendo en duda incluso los derechos individuales de los ciudadanos; por el contrario, el modelo continental, planteado inicialmente como respuesta fragmentada para determinados colectivos, alcanzará un desarrollo tal que se extenderá a todos los ciudadanos, en un intento de combinación entre los derechos individuales y la realización de nuevas actuaciones por el Estado.

### **A. Una respuesta inclusiva y democrática**

En los países escandinavos, la cuestión social se aborda con carácter de generalidad, como aspecto que afecta a toda la sociedad y que requiere una refundación de la comunidad política y social sobre nuevas bases. La fuerte presencia organizada de la población agraria – que forma incluso partidos políticos propios<sup>30</sup> –, junto con el retraso de la industrialización y la pobre economía de estos estados, ponen de relieve la precariedad general de la situación

---

<sup>30</sup> En Dinamarca, el partido agrario (*Venstre*) se forma en 1870; en Finlandia en 1906 (*Maalaisliitto*); en Suecia en 1913 (*Bondeförbundet*); y en Noruega, en 1920 (*Bondepartiet*). La tradición de partidos agrícolas, actualmente reconvertidos a partidos de centro, es particular de los estados nórdicos y se remonta a un movimiento anterior a la organización obrera, teniendo incluso representación en las asambleas estamentales como el “cuarto estado”. La organización del movimiento obrero no cuenta con una tradición tan arraigada, y las primeras confederaciones nacionales de sindicatos no surgen hasta finales del siglo XIX (Dinamarca y Suecia 1898, Noruega 1899, Finlandia 1906). HADENIUS, Stig; *Swedish Politics during the 20th Century: Conflict and Consensus*, The Swedish Institute, Sweden, 1999, p. 14 y ss.

social, no únicamente como problema del proletariado, sino como un problema de pobreza que afecta a todos los sectores de la población<sup>31</sup>.

El menor arraigo de la construcción burguesa del Estado de Derecho –propiciado por la influencia del realismo escandinavo y de la socialdemocracia desde inicios del siglo XX<sup>32</sup>–, da lugar a una situación de menor resistencia del poder a su democratización<sup>33</sup>, que revierte finalmente en una respuesta amplia ante la cuestión social. El modelo de solución no se focaliza exclusivamente en la integración de los trabajadores –problema que planteaba, a pesar del retraso industrial, dificultades importantes<sup>34</sup>–, sino que el pacto entre capital y trabajo se constituye como parte integrante del acto fundador de una nueva sociedad: no se halla, en este acuerdo, una finalidad de control o paliación social, sino que se pretende la obtención de una paz social que, junto con los grandes acuerdos políticos adoptados en la misma etapa, permita la articulación de un modelo de sociedad inclusivo de todos los grupos y sectores –a ello contribuye, además de las reformas sociales concretas, el reconocimiento y realización sin interrupciones del sufragio universal<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> La cuestión social se denomina, de hecho, la “cuestión de la población” (*befolkningsfrågan*) en una de las obras que constituye el punto de partida de las reformas sociales que debían mejorar la situación general de la sociedad (Gunnar y Alva MYRDAL, *Kris i befolkningsfrågan*, Bonniers, Stockholm, 1934). Sobre el efecto de esta obra, JACKSON, Walter A.; *Gunnar Myrdal and America's Conscience: Social Engineering and Racial Liberalism 1938-1987*, University of North Carolina, 1990, p. 75 y ss.

<sup>32</sup> El realismo jurídico tiene una gran influencia en la teoría jurídica escandinava durante el siglo XX. Frente al anterior idealismo estatal representado por Böstrom, los realistas consideran los conceptos jurídicos como herramientas para describir la realidad, pero niegan la existencia de entidades abstractas tras su denominación. Sobre ello se volverá *infra* Capítulo 2, Sección II, B. Véase, por ejemplo, ROSS, Alf; “On the Concepts ‘State’ and ‘State Organs’ in Constitutional Law”, en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 5, 1961, p. 113 y ss. Sobre la influencia de la Escuela de Uppsala en la formación del Estado social sueco, KÄLLSTRÖM, Staffan; “Philosophy and Society. The Uppsala School of Philosophy and the Present Political Debate in Sweden”, en CHO, Seung-bog; RUNEBY, Nils; *Traditional Thought and Ideological Change. Sweden and Japan in the Age of Industrialisation*, Edsbruk: Akademytryck AB, 1988, p. 72.

<sup>33</sup> A pesar de que la lucha por los derechos políticos y el establecimiento de un sistema democrático fue también intensa en los países nórdicos, y no exenta de oposición, la democracia deviene en estos estados a partir del primer tercio del siglo XX una realidad que proporciona un sólido fundamento al poder público, y que tiene continuidad hasta la actualidad. Los principios de soberanía popular y libre formación de la opinión constituyen la base y justificación del Estado, y es a partir de ellos que se forma la idea de la sujeción del poder a las normas jurídicas, como elemento necesario para la existencia de la democracia. Sobre ello, PETERSSON, Olof; “En demokratisk och handlingskraftig rättstat”, en MARCUSSON, Lena (ed.); *Festskrift till Fredrik Sterzel*, Iustus Förlag, Uppsala, 1999. JAKOBSEN, Uffe; KURUNMÄKI, Jussi; “Developments of Parliamentarism and Conceptions of Democracy in the Nordic Countries”, Paper presented at the Annual Conference of the Danish Political Science Association, Vejle, 3-4 November 2011.

<sup>34</sup> El primer tercio del siglo XX constituye una etapa de elevada conflictividad social en los países nórdicos. La rápida organización del movimiento obrero estuvo acompañada de una actitud de hostilidad por el empresariado, que se reflejó en grandes conflictos (en Dinamarca en 1899, y posteriormente en 1908; en Suecia en 1909; con la única excepción de Noruega, donde los empresarios aceptaron rápidamente la negociación colectiva).

<sup>35</sup> El sufragio universal se reconoce de forma temprana en estos estados y con solución de continuidad: en su vertiente masculina (Dinamarca 1849, Noruega 1898, Suecia 1909, Finlandia 1919), y femenina (Noruega 1913, Dinamarca 1915, Finlandia 1919, Suecia 1921). Por ello, como se verá, la articulación de los seguros sociales y la construcción de servicios públicos se hallan impregnados de una fuerte idea de universalismo. OLSSON

La construcción de este modelo social se realiza, por tanto, no tanto sobre la idea cerrada de Estado, como poder público abstracto al que se le exijan determinadas condiciones, sino sobre una idea abierta de sociedad, organizada políticamente a través de un sistema parlamentario y de una serie de instituciones cuya actividad se determina por la voluntad mayoritaria del Parlamento. La particular cultura jurídica de los estados nórdicos, junto con el elevado consenso que consigue aglutinar la socialdemocracia entorno a la transformación y reforma social, dan lugar a una articulación del sistema que no se realiza por la vía constitucional –al menos, no hasta finales del siglo XX–, sino que se produce principalmente en forma legislativa y convencional.

La integración de todos los sujetos en el Estado se realiza principalmente a través de la participación y articulación política, dependiendo de ello, por tanto, la orientación del poder público hacia la transformación social: los elementos del orden social y económico no se hallan determinados *a priori*, ni tampoco, por tanto, los límites y cauces de la reforma social<sup>36</sup>, sino que es el propio proceso político, junto con el proceso de negociación entre capital y trabajo, el que determina y concreta la configuración del orden social y económico, y las posibilidades de incidencia del poder público sobre él. El proceso de determinación del orden social y económico depende, en todos sus aspectos, de la decisión democrática, lo que ha resultado en la articulación de un sistema inclusivo que integra política y socialmente en la comunidad a todas las personas.

Este sistema ha tenido, no obstante, un desarrollo posterior que ha planteado problemas en cuanto al respeto de los derechos individuales. La respuesta construida a través del principio democrático, en tanto que elemento absoluto que determina sin límites el contenido de la regulación social, ha dado lugar a un modelo en el que el poder público ha adquirido amplias facultades de control de los individuos en la sociedad, y en que el principio mayoritario se ha erigido en poder absoluto, con reducidos límites que se impongan jurídicamente a su actuación. La respuesta del modelo escandinavo a la cuestión social lleva

---

HORT, Sven E.; *The Swedish Model*, Univ. Sociologiska Institutionen, 1994, p. 214 y ss. CHRISTIANSEN, Niels Finn; PETERSEN, Klaus; EDLING, Nils; HAAVE, Per (eds.); *The Nordic Model of Welfare. A Historical Reappraisal*, Museum Tusulanum Press, University of Copenhagen, 2006, p. 13 y ss.

<sup>36</sup> A pesar de que las constituciones decimonónicas de estos estados reconocen algunos derechos liberales, su tratamiento como límites al legislador no ha sido aceptada hasta la segunda mitad del siglo XX. La fuerza que adquiere el sistema parlamentario como elemento fundador de los estados nórdicos se refleja en una concepción de la democracia como principio mayoritario puro, que deja un margen muy reducido para la constitucionalización de elementos materiales. Por ello, incluso el establecimiento de derechos constitucionales ha provocado problemas y reticencias. BULL, Thomas; *Mötes-och demonstrationsfriheten. En statsrättslig studie av mötes-och demonstrationsfrihetens innehåll och gränser i Sverige, Tyskland och USA*, 1997, Iustus Förlag, Uppsala, 1997, p. 30 y ss.

aparejada, pues, una opción por la democracia y el sistema parlamentario, pero entraña, al mismo tiempo, los peligros que supone un Parlamento ilimitado: tampoco en esta vía se consigue sin problemas una integración entre los principios del Estado de Derecho y el Estado social, llevando a un poder excesivo de la mayoría en un sistema sin contrapesos.

## **B. Una respuesta conservadora y fragmentada**

En los países continentales, los particulares factores sociales y políticos que los caracterizan conducen a una respuesta diferenciada, tanto por su alcance como por la forma que adopta. Si en el modelo escandinavo se produce una clara opción por un sistema democrático y un tratamiento de la cuestión social como problema que afecta a la población en conjunto, en el modelo continental la respuesta a la cuestión social se produce en unas coordenadas distintas: la ruptura con los principios del Estado liberal, firmemente arraigados en la cultura jurídica, se revelará mucho más difícil, de forma que la nueva construcción del Estado se producirá atendiendo a colectivos especialmente sensibles, y tomará la forma de una garantía más estable, insertándose en la norma constitucional.

La importancia en los países continentales de la situación en la industria y la particular resistencia del Estado a su apertura hacia la democracia dan lugar a una forma de protección que, si bien aspira a resolver los problemas de la sociedad en general, se concentra particularmente en la protección del colectivo obrero y en la integración del trabajo<sup>37</sup>, articulada directamente por el poder público, como medio –al menos inicialmente- para limitar y controlar al movimiento proletario. La legislación de policía sobre establecimientos de trabajo, protectora en especial de los colectivos y niños, se extenderá posteriormente a todo el colectivo obrero, articulándose medidas de protección del trabajo así como mecanismos de seguridad en los ingresos.

Esta particular orientación inicial, si bien matizada posteriormente por algunos intentos de nueva fundación del Estado con la participación de fuerzas sociales distintas –la República de Weimar, la II República española- pone de relieve la ausencia en los estados continentales

---

<sup>37</sup> La protección social en Europa tiene una importante inspiración en la introducción por Bismarck en Alemania de leyes de seguros públicos obligatorios a finales de siglo XIX: Ley sobre el seguro de enfermedad (1883), Ley sobre el seguro contra accidentes de trabajo (1884), Ley sobre seguro de invalidez y de vejez (1889). Ello supone el paso de la previsión voluntaria a un sistema de previsión obligatoria de base aseguradora y regulado por el Estado, que tenía no obstante una finalidad claramente paternalista y de limitación del auge de la socialdemocracia. En Francia, los seguros sociales se generalizan a partir de 1936, y su adopción, a diferencia de Alemania, se produce ligada a la democratización del Estado. Véase RUBIO LARA, M<sup>a</sup> José; *La formación del Estado social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, p. 69 y ss.

de un pacto real exitoso entre capital y trabajo antes de la II Guerra Mundial<sup>38</sup>, así como la fragmentación de la construcción del Estado social, enfocado exclusivamente hacia un colectivo concreto –los trabajadores industriales- e ignorando, con ello, a otros grupos y sectores de la sociedad.

Las dificultades en la transformación y reforma democrática y social del Estado, provocadas por una fuerte teorización burguesa del Estado de Derecho, conducen a un modelo que, pese a su inicial desarrollo legislativo, intenta establecerse y garantizarse posteriormente a nivel constitucional –piénsese, por ejemplo, en la Constitución de Weimar (1919), en la Constitución española de 1931, o en las constituciones de la segunda posguerra-, con el fin de asegurar un cierto estatuto a los nuevos sujetos reconocidos –sindicatos, organizaciones profesionales y empresariales- y de insertar los instrumentos que se les atribuyen –derechos sociales, derechos de participación- como procesos que los integran en la fundación y regeneración del Estado. Se trata, no obstante, de una solución marcada por un fuerte conservadurismo ante la cuestión social: la integración del trabajo en el Estado queda impregnada en todo momento de una cierta finalidad de orden y control social<sup>39</sup>, y no consigue –al menos no hasta la segunda mitad del siglo XX- orientar al poder público hacia una transformación general de la sociedad, que integre en condiciones de igualdad a todas las personas.

La forma jurídica que adopta el Estado social, a través de su reconocimiento constitucional, responde precisamente a la dificultad que este proceso halla en su aceptación, y revela no obstante, al mismo tiempo, los límites admisibles de la transformación social: la norma fundamental, en su capacidad de integración de los diversos sujetos y de determinación de ciertos elementos del orden material social y económico, fija también los límites que tiene la configuración de dicho orden por el poder público, y los cauces por los que debe transcurrir el conflicto social –cerrando, por tanto, la vía a una transformación total de la sociedad-.

A pesar de que, en los últimos años, las dos respuestas tienden a converger y a complementarse, el modelo continental de Estado social es deudor de una construcción determinada por los factores mencionados. El alcance de la respuesta dada a la cuestión social

---

<sup>38</sup> El carácter pactista de la Constitución de Weimar, fundada sobre los acuerdos sindicales de 15 de noviembre de 1918, se ha puesto de relieve en la doctrina, si bien su posterior fracaso no permite hablar de un pacto fundador de una nueva sociedad. Sobre ello, MAESTRO BUELGA, Gonzalo; *La Constitución del trabajo en el Estado social*, Comares, Granada, 2002, p. 24 y ss.

<sup>39</sup> Es ampliamente conocido que el origen de este modelo, situado en las Leyes de seguros sociales de Bismarck, tiene una marcada finalidad conservadora, como instrumentos que debían permitir la neutralización del movimiento obrero y las reivindicaciones de los trabajadores. RITTER, Gerhard; *El Estado social, su origen y evolución en una comparación internacional*, op. cit., 1991, p. 88.

depende, en gran medida, de la fisonomía distinta de esta problemática en cada estado, y del grado de apertura del poder público a los distintos intereses presentes en la sociedad: la intensa dificultad del modelo continental para abrir la estructura estatal a nuevos valores e intereses, especialmente plasmada en las experiencias del siglo XX, da lugar a un modelo social que busca asegurarse a través de las constituciones, en una nueva concepción de la norma fundamental que busca la integración de todos los sectores.

Posteriormente, este anclaje del modelo en la norma constitucional producirá nuevas consecuencias. El reconocimiento en forma de derechos constitucionales de los elementos del modelo social, junto con la limitación constitucional de los derechos y elementos económicos, conducirán a una extensión de estos derechos, concebidos como elementos ligados a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. La garantía constitucional del modelo social, defendida inicialmente como respuesta ante las reticencias del liberalismo a la intervención del Estado, conlleva posteriormente una vía de compatibilización entre derechos individuales y configuración social, combinando ambos elementos e insertando, por tanto, los fines del Estado social en la estructura del Estado de Derecho. Si ello comporta una menor apertura democrática en estos estados, y supone dificultades en cuanto al establecimiento de un equilibrio adecuado entre ambos tipos de elementos, la norma constitucional se revela como una vía que posibilita la integración entre estos elementos, en una nueva forma jurídica de Estado. Así lo muestra de hecho, como se verá en posteriores capítulos, la evolución convergente de ambos modelos hacia una relativa constitucionalización de sus diversos aspectos.

### **SECCIÓN III. LA TRANSFORMACIÓN DE LOS FINES Y MEDIOS DEL ESTADO**

Las distintas respuestas que se articulan en los diversos países ante la cuestión social producen transformaciones parecidas en la forma de Estado, al menos en lo que se refiere a la incorporación de nuevos fines del poder público y a las modificaciones pertinentes en su organización para poder realizarlos. Si dichos cambios adquieren, en ambos modelos, contenidos distintos debido a las circunstancias y a la comprensión del propio Estado, la existencia de desarrollos paralelos en estas materias revela la construcción de una misma forma del poder, caracterizada por ciertos rasgos comunes: la aparición de actuaciones dirigidas a la integración del trabajo, así como de todos los individuos, se acompaña de una progresiva transformación de los órganos públicos –especialmente, la Administración-, y de las exigencias de control de sus actuaciones.

## A. La incorporación de nuevos fines al Estado

El nuevo fundamento que adquiere el poder público en la sociedad industrial da lugar, en base a la consideración del individuo como ser dependiente de su contexto, a una nueva responsabilidad del Estado en relación con el orden social y económico, en aras a realizar las condiciones de integración de todos los sujetos en condiciones de igualdad. El poder público adquiere, en este marco, una función que tiene concreciones diversas en cada Estado, apareciendo no obstante en todos ellos dotado de nuevos objetivos, que deben ser realizados mediante su intervención en la esfera de la sociedad: así se refleja, por un lado, en la incorporación de fines de integración de los trabajadores, y por otro, en la construcción de mecanismos dirigidos a la integración de todos los sujetos –prestaciones y servicios públicos-, que muestran una finalidad de garantía de una cierta seguridad material.

En los países nórdicos, la aparición de un fin de integración del trabajo se plasma, principalmente, en la articulación de vías para la preservación de la autonomía de los trabajadores y su actividad colectiva, y del respeto de un espacio por el que el conflicto colectivo discurre con independencia respecto a las autoridades públicas. El reconocimiento jurídico de los sujetos colectivos –especialmente, los sindicatos-, formados a partir del último tercio del siglo XIX<sup>40</sup>, se produce a través del derecho de asociación y la posibilidad de emprender acciones para la defensa de sus intereses<sup>41</sup>, y constituye el punto de partida para la atribución a los trabajadores de ciertos mecanismos que los ubican en una situación de relativa igualdad respecto al empresario.

Esta igualdad se refleja, ya a principios del siglo XX, en una serie de pactos entre sindicatos y empresarios –adoptados primero en Dinamarca (1899, 1910) y posteriormente en

---

<sup>40</sup> En Dinamarca, diversas organizaciones sindicales se forman a partir de la segunda mitad del siglo XIX con una base local, y posteriormente se asocian en una federación en 1898 (*Landsorganisationen i Danmark*), de forma paralela a la federación de asociaciones de empresarios (*Dansk Arbejdsgiverforening*). En Noruega, la confederación de sindicatos (*Landsorganisationen*) y la confederación de empresarios (*Norsk Arbejdsgiverforening*) se forman en 1899 y 1900 respectivamente. En Suecia, la confederación de sindicatos se forma en 1898 (*Landsorganisationen*) y la confederación de empresarios se crea en 1902 (*Svenska Arbetsgivareförening, SAF*), junto con otras confederaciones de sindicatos de cuello blanco (*Tjänstemännens Centralorganisation, TCO*), y de empleados académicos (*Sveriges akademikers centralorganisation, SACO*). En Finlandia, una confederación de sindicatos se estableció en 1906, pero fue reprimida por el régimen ruso y no volvió a establecerse hasta 1919.

<sup>41</sup> El derecho de asociación en su vertiente positiva tiene protección constitucional en todos los estados nórdicos salvo Noruega, donde no obstante se considera un principio general del Derecho (véase art. 2:1 del Instrumento de Gobierno de Suecia, art. 78 de la Constitución de Dinamarca, art. 13 de la Constitución de Finlandia). En su vertiente negativa, como facultad de no integrarse en ninguna asociación, este derecho no tiene protección constitucional ni legislativa en ninguno de los estados nórdicos, por lo que no existe protección frente a la posible discriminación por no formar parte de ningún sindicato.

los demás estados<sup>42</sup>-, que suponen el reconocimiento mutuo de los sujetos del conflicto social y el establecimiento, de común acuerdo, de una serie de normas que rigen su relación<sup>43</sup>. Ello se acompaña, posteriormente, de un conjunto de actos legislativos por los que se completa la institucionalización del sistema<sup>44</sup>, pero en esencia la integración del trabajo se realiza por el Estado mediante la aceptación de una intensa autonomía de los sujetos colectivos, y de un espacio importante para la negociación frente al empresario<sup>45</sup>.

Así se refleja en el estatuto de las organizaciones sindicales, que viene determinado por una escasa regulación general que los controle o encuadre –admitiéndose todos los sujetos colectivos, con derechos de representación y negociación<sup>46</sup>, en la amplia autonomía que tienen para la organización de la negociación –altamente centralizada<sup>47</sup>- y la realización del conflicto colectivo sin límite alguno –cuando no se halla en vigor la obligación de paz

---

<sup>42</sup> Se trata, en Dinamarca, del Compromiso de septiembre de 1899 (*Septemberforlig*), completado posteriormente por el Acuerdo de 1910; en Noruega, del Acuerdo de 1902 y su compleción en 1935; y en Suecia, del Compromiso de diciembre de 1906, completado posteriormente por el Acuerdo de *Saltsjöbaden* (1938) y por acuerdos sectoriales de colaboración (sobre comités de empresa, en 1946 y 1966; sobre aprendices, en 1944; y sobre seguridad del empleo, en 1942). FAHLBECK, Reinhold; “Industrial Relations and Collective Labour Law: Characteristics, Principles and Basic Features”, en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 43, 2002, p. 89 y ss.

<sup>43</sup> Se permite la adopción de medidas de conflicto colectivo de acuerdo con determinadas reglas, se establecen las normas para solventar los desacuerdos en la interpretación de los convenios colectivos, y se prevén las sanciones y métodos para el caso de ruptura de dichos convenios. Véase *infra* Capítulo 2, Sección I.A.ii.

<sup>44</sup> La intervención del poder estatal se reduce a ciertos poderes forzar la mediación y posponer el conflicto laboral (Ley danesa de mediación en disputas laborales de 1934, Ley noruega sobre disputas laborales de 1927), o a invitar las partes a negociar sobre el asunto (Ley sueca de mediación de 1906, reemplazada por la Ley de 1920).

<sup>45</sup> En este sentido, SCHMIDT, Folke; “Law and Industrial Peace. The Scandinavian Approach”, en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 17, 1973, p. 259 y ss.

<sup>46</sup> No existe en los países nórdicos una regulación general relativa a las organizaciones sindicales y empresariales, salvo la Ley de 1990 en Finlandia. En Dinamarca, la Ley de 1984 sobre fundaciones y asociaciones contiene algunas disposiciones aplicables a las organizaciones profesionales. El derecho a la negociación y la representatividad de las organizaciones sindicales se reconoce en Suecia en la Ley 1976:580 sobre Co-determinación.

<sup>47</sup> Los sindicatos y asociaciones empresariales se organizan en confederaciones nacionales, y tienen un papel importante en la adopción de acuerdos marco que se aplican posteriormente en cada sector, encuadrando la negociación a nivel de empresa. Este modelo centralizado se combina con elementos de descentralización, por el importante papel que juegan los sindicatos a nivel local. En los años 80 y 90 se ha dado una mayor tendencia a la descentralización como estrategia empresarial, que se ha reequilibrado posteriormente. Sobre ello, KJELLBERG, Anders; “Sweden: Restoring the Model?”, en FERNER, Anthony; HYMAN, Richard; *Changing Industrial Relations in Europe*, Blackwell Publishers, Oxford, 1998 (2ª ed.), p. 79 y ss.

social<sup>48</sup>-, así como en el carácter de los convenios colectivos, que carecen de límites de contenido y gozan de fuerza vinculante para todas las partes signatarias y sus miembros<sup>49</sup>.

En los estados continentales, la aparición de fines de integración y protección del trabajo parte de una aproximación distinta, y se refleja en la articulación de mecanismos ligeramente diversos. La preocupación central se sitúa en las desigualdades individuales, y en especial en la específica condición del trabajador, que ve afectada, por causa de las circunstancias de la relación de trabajo, su dignidad y su condición humana. El análisis marxista de las relaciones de trabajo en el sistema capitalista, que impregna todo el desarrollo posterior del Derecho del trabajo, pone énfasis, dentro de la lucha entre clases sociales, en el aspecto individual de la sujeción y dependencia del trabajador, cuya desigualdad respecto al empresario se produce por la falta de propiedades y por su distinta posición respecto a los medios de la naturaleza, generando su alienación y subordinación y afectando a su condición de persona<sup>50</sup>.

La construcción del Derecho del trabajo en los estados continentales responde, a partir de ello, a una aproximación individual a la protección de las relaciones laborales, como instrumento de mediación entre el individuo y el poder del empresario, que se dirige a la realización de ciertas condiciones de seguridad. El pensamiento de SINZHEIMER, que orientará toda la producción jurídico-laboral de Weimar, refleja la concepción del Derecho del trabajo como realización de “la humanidad real”, y representación de un “impulso hacia la dignidad humana”, liberando al trabajador a través del contrato de trabajo, haciéndole “persona”, e interponiéndose entre el orden social persistente y el orden jurídico<sup>51</sup>. En la concepción francesa, también la delimitación del objeto de esta rama del Derecho se realiza en atención a la “subordinación jurídica del trabajador”, configurándose como un Derecho

---

<sup>48</sup> La obligación de paz social implica la prohibición de adoptar medidas de conflicto colectivo durante la vigencia de los convenios, circunscribiéndose por tanto su adopción al momento de la negociación de un nuevo convenio. El derecho de conflicto colectivo se reconoce en Suecia jurisprudencialmente ya en 1910 (NJA p. 428), y adquiere reconocimiento constitucional en el Instrumento de Gobierno de 1974 (art. 2:17). La obligación de paz social se halla en la Ley 1976:580 de Co-determinación (art. 41).

<sup>49</sup> Así se estableció ya inicialmente en la construcción del modelo laboral, en el Compromiso de septiembre de 1899 en Dinamarca, en la Ley noruega sobre disputas laborales de 1915, y en la Ley sueca de 1928 sobre convenios colectivos. A pesar de que no existe en estos países una regulación sobre la extensión por Derecho del convenio a otros colectivos no signatarios, esta extensión se produce a menudo *de facto*. NUMHAUSER-HENNING, Ann; “Labour Law”, en BOGDAN, Michael; *Swedish Law in the New Millenium*, Norstedts Juridik, Sweden, 2000, p. 350 y ss.

<sup>50</sup> Así se refleja en la explicación del funcionamiento del sistema capitalista, que no puede operar sino apropiándose del trabajo de los obreros, y por tanto sin individuos que no tengan otra opción que vender su fuerza de trabajo. Véase MARX, Karl; *El Capital. Antología de textos*, Edicomunicación, Barcelona, 1999, p. 176 y ss.

<sup>51</sup> SINZHEIMER, Hugo; “La esencia del Derecho del Trabajo”, en *Crisis económica y Derecho del Trabajo: cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1984, p. 73 y ss.

relativo al trabajo dependiente, que intermedia en la subordinación del trabajador respecto al empresario<sup>52</sup>.

Los mecanismos articulados para la protección y progresiva integración de los trabajadores adoptan, en esta línea, una aproximación individualista, en la que el Estado interviene de forma creciente para la protección del trabajador. Si la regulación de condiciones mínimas en la relación particular de trabajo se inicia relativamente pronto y alcanza un ámbito considerable<sup>53</sup>, los mecanismos de conflicto colectivo, más ligados a la atribución de medios de realización de la igualdad real a la clase proletaria, serán largamente reprimidos y tendrán más dificultades de desarrollo, estableciéndose de forma estable únicamente después de la II Guerra Mundial, y aun así con una elevada intervención del Estado. A la formación espontánea inicial de los sindicatos sigue una etapa de represión de los mismos, siendo éstos aceptados posteriormente y estableciendo el Estado los requisitos necesarios para su formación y los medios y límites de sus actividades<sup>54</sup>: la represión inicial se transforma así en un reconocimiento estatal fuerte, pero ello entraña al mismo tiempo la

---

<sup>52</sup> ROUAST, André; DURAND, Paul; *Précis de Droit du travail*, Dalloz, Paris, 1961, p. 2 y ss. En el mismo sentido, RIVERO define el Derecho del trabajo como el conjunto de reglas jurídicas aplicables a las relaciones individuales y colectivas que nacen entre los empleadores privados y aquéllos que trabajan bajo su autoridad. RIVERO, Jean; SAVATIER, Jean; *Droit du travail*, Presses Universitaires de France, Thémis, 1964.

<sup>53</sup> La ruptura de los principios liberales con la regulación de ciertos aspectos de la relación laboral sigue un proceso similar en todos los estados, centrándose primero en los colectivos más vulnerables (niños, mujeres) y extendiéndose posteriormente a todos los trabajadores. Asimismo, se produce la creación de un contrato de trabajo autónomo, frente a las disposiciones de los códigos civiles que equiparaban el trabajo a la propiedad. Sobre ello, RAMM, Thilo; “*Laissez-faire and State Protection of Workers*”, en HEPPLÉ, Bob; *The Making of Labour Law in Europe. A Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, Hart Publishing, 2010, p. 89 y ss. VENEZIANI, Bruno; “*The Evolution of the Contract of Employment*”, en HEPPLÉ, Bob; *The Making of Labour Law in Europe. A Comparative Study of Nine Countries up to 1945, op. cit.*, 2010, p. 67 y ss.

<sup>54</sup> En Alemania, la prohibición de las asociaciones se suprime en el Código Industrial de 1869, lo que da lugar a una fase de tolerancia, truncada no obstante por las “leyes socialistas” de Bismarck (1878), en vigor hasta 1890, que prohibirían las asociaciones socialdemocráticas y establecerían medios penales para impedir su actividad. Posteriormente, se produce un auge de la negociación colectiva, apoyada en la fuerza social de los sindicatos, si bien a partir de 1914 éstos aceptan el sistema existente y abandonan la vía revolucionaria, iniciando su colaboración con el Gobierno. En Francia, tras la disolución de todas las organizaciones y corporaciones con la Revolución Francesa (Decreto de Allarde de 2 y 17 de marzo de 1791, Ley Le Chapelier de 14 de junio de 1791), los poderes públicos mantienen su hostilidad hacia los sindicatos hasta el último tercio del siglo XIX, cuando se legalizan (1884). Únicamente las sociedades de socorros mutuos escapan a la prohibición, agrupándose entorno a ellas el movimiento obrero. En España, la adopción del modelo francés produce la prohibición de todas las asociaciones en la Novísima Recopilación y en el Código Penal de 1848, a lo que sigue una fase de tolerancia respecto a las sociedades de socorros mutuos (Real Orden circular de 28 de febrero de 1839), y la legalización de los sindicatos por Decreto de 20 de noviembre de 1868, reconociéndose el derecho de asociación en las constituciones de 1869 y de 1876, y aprobándose la Ley general de asociaciones en 1887. Aun así, las actividades sindicales siguieron siendo sancionadas penalmente (art. 450 Código Penal de 1848, art. 556 Código Penal de 1870), si bien su aplicación se suavizó en la práctica por la vía jurisprudencial. Sobre ello, FROHMAN, Larry; *Poor Relief and Welfare in Germany from the Reformation to World War I*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2008, p. 80 y ss. AUBIN, Gérard; BOUVERESSE, Jacques; *Introduction historique au droit du travail*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995, p. 204 y ss. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos; *Derecho del trabajo e ideología: medio siglo de formación ideológica del Derecho del trabajo en España*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 83 y ss.

mayor dependencia de estos sujetos respecto al poder público y un cierto debilitamiento de su fuerza social<sup>55</sup>.

La integración de los trabajadores a través de su organización colectiva se produce, por tanto, por medio de su aceptación y reconocimiento por el poder público, estableciendo y regulando sus actividades y funciones como mecanismos que, tras obtener una cierta tolerancia entre los empresarios, el Estado establece como adecuados para el desarrollo y el encauzamiento del conflicto social<sup>56</sup>. No se trata, en este caso, de aceptar meramente lo que las partes del mercado laboral han acordado para ellas como mecanismos de regulación de sus relaciones, sino que el Estado dirige y tutela las relaciones entre ambas partes: reconoce a ambos colectivos –especialmente a los trabajadores–, y establece especiales facultades para el desarrollo de sus actividades, atribuyéndoles una cierta capacidad de determinación del orden social y económico. Ello se plasma, en una vía indirecta, en la adquisición por estos sujetos de facultades de participación en las funciones estatales –normación, toma de decisiones públicas–; mientras que en una vía directa implica la obtención por los trabajadores de un cierto grado de participación en la propia empresa, incidiendo en los aspectos que les afectan y tomando parte en su gestión conjunta –si bien subordinándose esta intervención al mantenimiento de la paz social y la estabilidad económica<sup>57</sup>–.

Junto al fin de integración del trabajo, el Estado adquiere asimismo la responsabilidad por la generación de mecanismos que proporcionen una cierta seguridad material a todos los individuos, a través de una cierta actividad de reforma y transformación del orden social

---

<sup>55</sup> Ello es especialmente claro en Alemania, donde el reconocimiento del derecho de asociación en la Constitución de Weimar (art. 159), junto con el establecimiento del valor vinculante y obligatorio automático de los convenios colectivos (Decreto de 23 de diciembre de 1918), conducen a una situación en la que la fuerza social de los sindicatos se debilita, lo que jugará en su contra posteriormente, al modificar los Tribunales la interpretación de su función regulada en las leyes. Sobre ello, LEWIS, Roy; “Introduction”, en KAHN-FREUND, Otto; *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*, Basil Blackwell, Oxford, 1981, p. 19. KAHN-FREUND, Otto; “The Social Ideal of the Reich Labour Court”, en *Labour Law and Politics in the Weimar Republic, op. cit.*, 1981, p. 113 y ss. MARTÍN VALVERDE, Antonio; “La formación del Derecho del trabajo en España”, Estudio preliminar a *La legislación social en la historia de España: de la revolución liberal a 1936*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. LXXXI y ss.

<sup>56</sup> En este sentido, KAHN-FREUND, Otto; “The Changing Function of Labour Law”, en *Labour Law and Politics in the Weimar Republic, op. cit.*, 1981, p. 172 y ss.

<sup>57</sup> Así lo señala expresamente el artículo 74.2 de la Ley alemana de 15 de Enero de 1972, de representación del personal en la empresa, que prohíbe todas las medidas de conflicto colectivo entre el empresario y el comité de empresa, estableciendo la obligación del comité de mantener totalmente la tranquilidad económica y de adoptar una posición neutral en el caso de conflicto colectivo entre trabajadores y empresa. Asimismo, los comités de empresa tienen en Francia una obligación de cooperación con la dirección (art. 2 de la Ordenanza de 22 de febrero de 1945), y se instituyen como órganos de colaboración que respetan la autoridad del director de la empresa. En España, el Estatuto de los trabajadores (Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo) establece los comités de empresa como órganos de información y consulta, que ejercen competencias de vigilancia y control y que colaboran con la dirección de la empresa en la realización de diversas medidas (art. 64).

existente. Así se muestra, en todos los países, con la articulación de sistemas de prestaciones públicas de seguridad social, y con la creación de servicios públicos para el conjunto de la población.

La construcción del sistema de protección social en los países nórdicos halla su momento fundador en los acuerdos de gobierno que se suscriben, tanto en Dinamarca como en Suecia, entre los respectivos partidos socialdemócratas y partidos agrarios o liberales<sup>58</sup>. Es cierto que ya existían anteriormente, en estos países, medidas sociales que se apartaban del esquema de la asistencia social<sup>59</sup>, pero la superación del principio de responsabilidad individual, junto con la idea de asunción colectiva por la sociedad de las situaciones de necesidad social, no se producen hasta el período de entreguerras, cuando se inicia la construcción del modelo nórdico de seguridad social<sup>60</sup>.

Este sistema constituye, en los países nórdicos, el elemento principal de integración de todos los individuos en condiciones de igualdad. Inicialmente, por inspiración del sistema británico, las prestaciones se atribuían a todas las personas en un nivel básico o mínimo, pero posteriormente se añadió un segundo tramo en la prestación, que asegura la capacidad económica del sujeto, de acuerdo con los ingresos o la contribución del receptor, hasta un determinado límite<sup>61</sup>. Ello da lugar a un sistema de seguridad social que proporciona seguridad al individuo en todas sus relaciones, estableciendo para todos los sujetos posibilidades de recuperación y subsistencia fuera del mercado<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> En Dinamarca, los acuerdos entre el Partido Socialdemócrata y el Partido Liberal Radical se suceden desde 1918, si bien se intensifican a partir de 1929. En Suecia, el acuerdo entre el Partido Socialdemócrata y el Partido Agrario se produce en 1936, dando lugar a un gobierno mayoritario prolongado. HADENIUS, Stig; *Swedish Politics During the 20th Century, op. cit.*, 1999, p. 47 y ss. La influencia de la socialdemocracia en la construcción del modelo social nórdico ha sido no obstante contestada por BALDWIN, quien destaca la participación de los partidos conservadores en muchas de las reformas introducidas. BALDWIN, Peter; *The Politics of Social Solidarity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, p. 61.

<sup>59</sup> Aparecen en esta etapa las primeras leyes de seguros sociales, basadas, en Suecia y Dinamarca, en esquemas de seguro voluntario con subsidios públicos; y en Noruega y Finlandia, en los principios bismarckianos de seguro obligatorio. En Suecia, por ejemplo, se establece una Ley de seguro sobre accidentes laborales (1901), se proporciona apoyo estatal a los múltiples fondos de enfermedad existentes (1910), se establece una Ley sobre pensiones (1913), que creó la primera pensión de base casi universal; y se articula un sistema de fondos de desempleo gestionado por los sindicatos, así como un sistema de trabajo público (1914).

<sup>60</sup> La influencia del keynesianismo, junto con la idea de solidaridad entre toda la sociedad creada por la guerra, se revela en la creación de un sistema de trabajos públicos que pretendía dar solución al desempleo con salarios pagados a nivel de mercado, y financiación a través de deuda pública. HECKSCHER, Gunnar; *The Welfare State and Beyond. Success and Problems in Scandinavia*, University of Minnesota, 1984, p. 36 y ss. NORDSTROM, Byron J.; *The History of Sweden*, Greenwood Press, Library of the Congress, USA, 2002, p. 101 y ss.

<sup>61</sup> Sobre este sistema y su desarrollo posterior en Suecia, PALME, Joakim; WENNEMO, Irene; *Swedish Social Security in the 1990s: Reform and Retrenchment*, The Printing Works of the Cabinet Office and Ministries, Stockholm, 1998, p. 8.

<sup>62</sup> Así se recoge, por ejemplo, en la Ley sueca 1962:381 de Seguro General, junto con otras leyes como la Ley 1976:380 sobre Seguro de Accidente Laboral, la Ley 1998:674 sobre Pensión Relativa a los Ingresos, o la Ley

La misma finalidad de creación de condiciones que propicien la igualdad real se percibe en la construcción de los servicios públicos, que pretenden la satisfacción de necesidades individuales al margen del sistema de mercado y se ofrecen en un régimen de universalidad. El desarrollo, ya desde el siglo XIX, de un sistema de instrucción y educación público, junto con las primeras instituciones hospitalarias de asistencia, conduce posteriormente a la implantación de una serie de servicios prestados y organizados por el poder público – especialmente, los entes locales-, que se destinan a toda la población: se establecen y fortalecen, especialmente a partir de la II Guerra Mundial, los servicios de educación, de salud, y servicios sociales<sup>63</sup>, y se refuerza, al mismo tiempo, su atribución a todos los ciudadanos, generalizando su alcance y su virtualidad como mecanismos de desmercantilización.

En los estados continentales, el mismo fin de integración de todos los individuos se muestra en la construcción de mecanismos de seguridad social y de servicio público, aunque con características distintas. La difícil ruptura con los principios liberales conduce a negar durante largo tiempo la responsabilidad del Estado respecto al conjunto de la situación social<sup>64</sup>, y sitúa posteriormente la protección social en torno al contrato de trabajo, ligándose a él la atribución de prestaciones –por ejemplo, las prestaciones por familia o las prestaciones de seguridad social<sup>65</sup>-, creando entre los trabajadores y empresarios un sistema de solidaridad y responsabilidad colectiva, en forma de seguros sociales. La intervención del Estado en este

---

1998:702 sobre Pensión de Garantía. Asimismo, el sistema incluye otras prestaciones no ligadas a riesgos laborales, a través de la Ley 1998:703 sobre sobre Compensación por Discapacidad y de Ayuda al Cuidado de Hijos Dependientes, Ley 2000:461 sobre Pensión de Supervivientes y Apoyo a Menores Superivientes, o la Ley 2001:761 sobre Prestación Suplementaria por Vivienda a Pensionistas. Se incluyen también ciertas prestaciones especiales, a través de la Ley 1947:529 sobre Prestaciones por Hijo, la Ley 1996:1030 sobre Prestación por Manutención de Hijos, y la Ley 1993:737 sobre Prestaciones por Vivienda. La prestación por desempleo, en cambio, no forma parte del sistema de seguridad social, sino que constituye en los países nórdicos (con la excepción de Noruega) un seguro voluntario gestionado por los propios sindicatos con un cierto control estatal. Sobre ello, STRÖMBERG, Håkan; LUNDELL, Bengt; *Speciell förvaltningsrätt*, Liber, Malmö, 2008, p. 119 y ss.

<sup>63</sup> En Suecia, se establece la Ley sobre el seguro de salud (1947), que constituye el primer paso hacia el acceso universal a las consultas médicas y a la expansión del sistema de atención sanitaria, creándose la Junta Nacional de Salud y Bienestar (*Socialstyrelsen*) en 1968. Se establece asimismo la Ley de la escuela (1962), que crea un sistema educativo público básico para los menores de 7 a 16 años. Los servicios sociales se establecen también como tales a partir de 1968. En Dinamarca, se aprueba la Ley de la reforma escolar (1958), la Ley de rehabilitación (1960), y la Ley de asistencia pública (1961), que supone la instauración definitiva de un sistema de servicios sociales basado en la ciudadanía.

<sup>64</sup> EWALD, François; *L'État providence*, Éditions Grasset & Fasquelle, Paris, 1986, p. 85 y ss. HORION, Paul; *Nouveau précis de Droit social belge*, Martinus Nijhoff, La Haie, 1969, p. 26 y ss.

<sup>65</sup> En Francia, por ejemplo, a principios del siglo XX se desarrolla por los empresarios el sistema del “salario vital”, que implicaba el cálculo del salario en parte por el trabajo productivo de la persona y en parte según sus necesidades familiares. DUTTON, Paul V., *Origins of the French Welfare State. The Struggle for Social Reform in France, 1914-1947*, Cambridge University Press, New York, 2002, p. 14 y ss.

ámbito se produce de forma desigual en los diversos países, y siempre con posterioridad a la creación de mecanismos de asociación voluntaria: así sucede, por ejemplo, con la creación de los seguros sociales en 1883 en Alemania, superponiéndose a las instituciones autónomas creadas por los propios obreros<sup>66</sup>; pero también en Francia, donde el seguro social no se adopta hasta 1928 a causa de la oposición a la sustitución del modelo voluntario existente<sup>67</sup>; y en España, donde se opta durante largo tiempo por una política de subsidio a los seguros voluntarios ya creados<sup>68</sup>.

La intervención del Estado en estos sistemas supone, posteriormente, la generalización del sistema de solidaridad entre empresarios y trabajadores, estableciéndolo como obligatorio y permitiendo su extensión a un número más amplio de personas<sup>69</sup>. Sin embargo, la articulación de la protección social en torno al trabajo, ligada a los riesgos propios del trabajador y a los sujetos que dependen de él –su núcleo familiar–, dará lugar a un modelo fragmentado de protección social, con la creación de un régimen de seguro distinto para cada tipo de actividad laboral, lo que genera una redistribución menos uniforme y perpetúa las desigualdades entre ciertos colectivos históricamente diferenciados –trabajadores manuales, trabajadores asalariados, funcionarios, agricultores–, promoviendo además un modelo de

---

<sup>66</sup> Véase sobre ello RITTER, Gerhard A.; *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, op.cit., 1991, p. 98 y ss. Véase también HENNOCK, E.P.; *The Origin of the Welfare State in England and Germany, 1850-1914*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2007, p. 151 y ss.

<sup>67</sup> Estas sociedades tienen en Francia un gran desarrollo puesto que, a diferencia de otras corporaciones, son toleradas por el gobierno desde el Imperio de Napoleón. Durante la III República, la aprobación de la Carta de la mutualidad (1898) fomenta su formación, como asociaciones voluntarias de trabajadores que buscaban protegerse contra riesgos como enfermedades y accidentes. DUTTON, Paul V., *Origins of the French Welfare State. The Struggle for Social Reform in France, 1914-1947*, op.cit., 2002, p. 40 y ss.

<sup>68</sup> Tras la Ley de accidentes de trabajo de 1900, se crea en 1908 el Instituto Nacional de Previsión, con la finalidad de preparar y desarrollar un sistema moderno de seguros sociales bajo el régimen de libertad subsidiada (seguros voluntarios con financiación del trabajador y del Estado). A partir de 1917, se aborda la necesidad de crear un sistema de seguros sociales obligatorios: se establece el seguro de retiro obrero obligatorio (1919), pero la escasa actividad durante la dictadura de Primo de Rivera retrasa hasta 1932 la tramitación de un proyecto de ley de seguro obligatorio unificado que debía incluir prestaciones de enfermedad, invalidez, maternidad, muerte y accidentes laborales, y que no llegará a aprobarse a causa de la Guerra Civil. Durante la dictadura franquista, la aprobación de sistemas de seguro como vía de legitimación del régimen da lugar a la creación de un seguro de enfermedad obligatorio (1942), así como a la Ley de Bases de la Seguridad Social (1967). Véase DE LA CALLE VELASCO, M<sup>a</sup> Dolores; “Sobre los orígenes del Estado social en España”, *Ayer*, núm. 25, 1997, p. 127 y ss. GUILLÉN, Ana; “El origen del Estado de bienestar en España (1876-1923): el papel de las ideas en la elaboración de políticas públicas”, *Working Paper 1990/10*, p. 5.

<sup>69</sup> Se pasa así, de un sistema de seguro privado, que permitía la elección de los sujetos y los riesgos asegurados, a un sistema de seguro social público, en el que se obliga a asegurar a todos los trabajadores, previendo los riesgos garantizados, el nivel de los derechos, y las contribuciones de los empresarios, los asalariados y el propio Estado. MERRIEN, François-Xavier; PARCHET, Raphael; KERNEN, Antoine; *L'État social. Une perspective internationale*, Armand Colin, Dalloz, Paris, 2005, p. 8 y ss.

producción con escasa incorporación femenina<sup>70</sup>. No será hasta la segunda posguerra mundial cuando se produzca una transformación definitiva en la concepción del Estado y de la protección social: la integración de todos los individuos, entendida como participación en el grupo social al que pertenecen, pasa a considerarse parte de las obligaciones que corresponden al poder público, dando lugar en la práctica a la construcción de sistemas completos e integrales de seguridad social<sup>71</sup>.

Ello se acompaña, especialmente en los estados continentales, del fortalecimiento y teorización de los servicios públicos como finalidad del Estado. Si inicialmente la participación del Estado en la provisión de estos servicios era relativamente reducida, prestándose en su mayor parte por otras instituciones –beneficencia, instituciones religiosas, empresas privadas<sup>72</sup>, posteriormente su prestación será asumida ampliamente por el poder público, dando lugar, a través de distintas formas jurídicas, a una intervención dirigida a la garantía de ciertas necesidades individuales<sup>73</sup>.

La asunción de esta actividad por el Estado va ligada, especialmente en Francia, a la formación de la disciplina autónoma del Derecho administrativo. La importancia del servicio público, afirmado progresivamente como criterio que funda la aplicación de un Derecho

---

<sup>70</sup> Así, por ejemplo, la Ley francesa de 5 de abril de 1928 de seguros sociales, modificada por Ley de 30 de abril de 1930, concede un régimen especial a los agricultores y a las mutualidades, manteniendo sus ventajas anteriores. En Alemania, la distinción en la protección social entre trabajadores manuales y empleados asalariados, así como entre trabajadores del sector privado y funcionarios, se utilizó durante largo tiempo como instrumento de adhesión de los cuerpos altos al Estado, evitando su identificación con el movimiento obrero. MERRIEN, François-Xavier; PARCHET, Raphael; KERNEN, Antoine; *L'État social. Une perspective internationale*, op.cit., 2005, p. 90. LEWIS, Roy; "Introduction", op. cit., 1981, p. 19. Sobre la perspectiva de género en el Estado de bienestar, DALY, Mary; "Comparing Welfare States: Towards a Gender Friendly Approach", en SAINSBURY, Diane; *Gendering Welfare States*, SAGE Publications, 1994, p. 101 y ss.

<sup>71</sup> Así se manifiesta en los sistemas de seguridad social que surgen con posterioridad a la II Guerra Mundial. La influencia del discurso de Roosevelt de 6 de enero de 1941 ante el Congreso de los Estados Unidos, que proponía una reconstrucción mundial basada en la liberación del individuo frente a la necesidad, junto con el Informe Beveridge "*Social Insurance and Allied Services*" (1942), que propugnaba la liberación de las necesidades a través de un plan general de prestaciones que englobara a todas las categorías de trabajadores, dan lugar a un amplio consenso entorno al aseguramiento de las necesidades individuales, que se plasma en la Declaración de Filadelfia por la OIT en 1944 (art. I), y en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1949 (art. 22), así como en los diversos textos legislativos nacionales.

<sup>72</sup> En Francia, la creación de servicios públicos se produce a partir de la III República (1875), pero durante todo el siglo XIX constituyen todavía una excepción. Se establecen, entre otras, sucesivas leyes sobre enseñanza laica, gratuita y obligatoria (1880); la Ley de 15 de julio de 1893 sobre asistencia médica gratuita; y la Ley de 18 de mayo de 1878 sobre la gestión por el Estado de la red ferroviaria del Oeste de Francia, creando además los Departamentos y municipios servicios de transporte, agua, gas y electricidad. En Alemania, los servicios públicos se crean mayoritariamente a nivel municipal, confiándose su gestión a establecimientos públicos. Sobre ello, LE MESTRE, Renan; *Droit du service public*, Gualino éditeur, Paris, 2005, p. 24 y ss; RITTER, Gerhard A.; *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, op. cit., 1991, p. 104.

<sup>73</sup> Ello se produce, especialmente, a partir de la I Guerra Mundial. La intervención que adquirieron los estados en múltiples actividades durante el conflicto bélico, justificada por la necesidad de controlar y racionalizar los recursos y esfuerzos, no fue posteriormente abandonada, sino que permaneció como forma habitual de provisión de necesidades de los individuos. CHEVALLIER, Jacques; *Le service public*, PUF, Paris, 2008 (7ªed.), p.10 y ss.

específico –el Derecho administrativo- y que justifica el uso de facultades exorbitantes de poder<sup>74</sup>, da lugar a una cierta identificación del Estado con la actividad de servicio, y por tanto a una concepción modificada de su posición respecto al individuo. Así lo expresa la teoría de DUGUIT, para quien la actividad de servicio constituye el único fundamento y el límite explícito de la acción de los gobernantes<sup>75</sup>: la interdependencia social convierte las necesidades elementales del individuo en objeto de interés general, justificando una actuación pública conforme a reglas especiales, que garanticen en su aseguramiento la continuidad y la igualdad, así como la posibilidad de transformación y adaptación al contexto social<sup>76</sup>.

Es cierto que, en Alemania, la construcción de los servicios públicos adquiere durante largo tiempo una significación distinta. La formación del Derecho administrativo y su jurisdicción no se liga especialmente a las misiones del poder público, sino que se concibe como una rama más reducida del ordenamiento, que se combina con el Derecho privado, y que regula especialmente las relaciones del poder con los administrados<sup>77</sup>. No será hasta el

---

<sup>74</sup> En Francia, el Tribunal de Conflictos estableció en la Sentencia *Blanco*, de 8 de febrero de 1873, la competencia de la jurisdicción administrativa francesa sobre los actos de gestión de la Administración, y no sólo de los actos de ejercicio de poder público. Posteriormente, el Consejo de Estado abandonó la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión (Sentencia *Terrier*, de 6 de febrero de 1903) y estableció la sujeción a Derecho administrativo de toda actividad pública de interés general (Sentencia *Thérond*, de 4 de marzo de 1910). La unidad del criterio de servicio público se rompe con la aparición de los servicios públicos industriales y comerciales, que se sujetan al Derecho privado, pero la noción permanece como uno de los elementos que justifican la aplicación del Derecho administrativo. Sobre ello, GAUDEMET, Yves; *Droit administratif*, L.G.D.J.; Paris, 2005, p. 26 y ss. HAURIUO, Maurice; *Précis de Droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929 (2ª ed.), p. 103 y ss. VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre; *Droit administratif*, Presses Universitaires de France, Thémis, Paris, 1992, (12ª ed.), Tomo I, p. 169 y ss. WALINE, Marcel; *Droit administratif*, Éditions Sirey, Paris, 1963 (9ª ed.), p. 5.

<sup>75</sup> Para el autor, el servicio público constituía el fundamento del Derecho público y de toda la actividad estatal. Rechazando el derecho o poder subjetivo del Estado, considera que los gobernantes se rigen sólo por la regla de la interdependencia o de la solidaridad social, siendo el servicio público la actuación que permite al individuo satisfacer sus necesidades elementales en relación con otros grupos, asegurando que la actividad que responde a ello no pueda ser interrumpida. DUGUIT, Léon; *Traité de Droit constitutionnel*, E. de Boccard, Paris, 1927 (3ª ed.), Tomo II, p. 59 y ss; DUGUIT, Léon; *Les transformations du Droit public*, Librairie Armand Colin, Paris, 1921, p. 41 y ss.

<sup>76</sup> Los principales autores han defendido, a pesar de sus diferencias, una noción similar de servicio público. Véase JÈZE, Gaston; *Les principes généraux du Droit administratif*, Marcel Giard Libraire-Éditeur, Paris, 1926, vol. 2, p. 15 y ss; BONNARD, Roger; *Précis de Droit public*, Recueil Sirey, Paris, 1937 (4ª ed.), p. 10 y ss. WALINE, Marcel; *Droit administratif, op. cit.*, 1963 (9ª ed.), p. 663 y ss.

<sup>77</sup> Es cierto que la dualidad entre Estado y sociedad no negaba en Alemania la intervención del poder público en los procesos sociales. Desde VON MOHL a VON STEIN, se considera al Estado como instancia que debe intervenir en el orden social, realizando la libertad en la sociedad. Sin embargo, la ausencia de reconocimiento de la soberanía nacional produce una situación en la que la protección del individuo pasa, no por la sujeción de la Administración a la ley objetiva, como en Francia, sino por el respeto de ésta a los derechos subjetivos de los ciudadanos, centrándose todo el Derecho administrativo en la teorización de dicha relación. Los intentos de descripción de la actividad administrativa de servicio y prestación no fructifican en una teoría capaz de aprehender su naturaleza. MAYER habla de “ventajas especiales” atribuidas por la Administración, FLEINER del “aparato administrativo y sus prestaciones”, y Walter JELLINEK de “actividad administrativa de simple poder público”, planteamientos todos ellos insuficientes. Sobre ello, FORSTHOFF, Ernst; *Traité de Droit administratif*, Bruylant, Bruxelles, 1969, p. 534 y ss; y FORSTHOFF, Ernst; *El Estado de la sociedad industrial*,

período de entreguerras, y especialmente en la segunda mitad del siglo XX, cuando se desarrolle una nueva comprensión de la Administración y de las tareas que venía realizando en la sociedad: la construcción de FORSTHOFF, que sitúa en el concepto de “procura existencial” (*daseinsvorsorge*) el núcleo de todas las obligaciones prestacionales de la Administración, supone el reconocimiento de nuevas formas de relación del poder con el individuo, admitiendo la presencia de un interés general que exige una actuación estatal, más allá de las tareas administrativas tradicionales de aplicación de la fuerza pública<sup>78</sup>. No se asocia a esta actuación una técnica específica de Derecho público, pero la intervención del poder público se funda en presupuestos similares a los de la teoría francesa, centrados en la ubicación del individuo en la sociedad industrial y en los cambios que sufre el proceso de su realización personal<sup>79</sup>.

También en España la actividad estatal hallará en el servicio público un importante punto de apoyo, ligándose a una cierta finalidad social. Si en el Estado español este concepto no adquiere la virtualidad que tiene en el ordenamiento francés, combinándose con otras actividades en la definición del Derecho administrativo –policía, fomento, dación de bienes al mercado<sup>80</sup>–, su utilización en el Derecho positivo y en la jurisprudencia ya desde principios del siglo XX da cuenta de la importancia que adquiere esta actividad, y de la transformación que produce en la estructura estatal<sup>81</sup>. El predominio de la noción de obra pública para

---

Centro de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 29. Asimismo, MARCOU, Gérard; “Les services publics en Droit allemand”, en MODERNE, Franck; MARCOU, Gérard (eds.); *L’idée de service public dans le droit des états de l’Union européenne*, L’Harmattan, Paris, 2001, p. 83 y ss.

<sup>78</sup> El autor opone la Administración orientada a los criterios del Estado liberal, basada en la idea de libertad, a la Administración aportadora de prestaciones de servicio, basada en la participación de los individuos en el Estado. Véase FORSTHOFF, Ernst; *Sociedad industrial y Administración Pública*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967, p. 21 y ss.

<sup>79</sup> Para el autor, la procura existencial como tarea de la Administración se justifica por la transformación radical de la sociedad: la reducción del espacio dominado del individuo (asociado a él por propiedad), junto con el aumento de su espacio vital efectivo (donde realiza su vida efectivamente), da lugar a una situación de “menesterosidad social” en la que las necesidades deben satisfacerse por la apropiación y la relación con los demás individuos, lo que da lugar para el Estado a obligaciones de procura existencial. FORSTHOFF, Ernst; *Sociedad industrial y Administración Pública*, op. cit., 1967, p. 43 y ss. En contra de un concepto común de servicio público que pueda derivarse de las teorías de DUGUIT y de FORSTHOFF, véase BULLINGER, Martin; “El *service public* francés y la *Daseinsvorsorge* en Alemania”, *Revista de Administración Pública*, núm. 166, 2005, p. 29 y ss.

<sup>80</sup> La división tradicional entre actividad de policía, fomento y servicio público se establece por JORDANA DE POZAS, Luis; “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 40, 1948, p. 41 y ss. Aun así, ciertos autores identificaban en el siglo XIX la actividad administrativa con el servicio público. OLIVÁN, A; *De la Administración pública en relación a España*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954.

<sup>81</sup> La jurisprudencia del Tribunal Supremo revela ya desde principios del siglo XX la importancia de la noción de servicio público, estableciendo en numerosas sentencias las características que debía tener su desarrollo (véase, por ejemplo, STS de 31 de marzo de 1907, sobre huelga en el servicio eléctrico; STS de 16 de diciembre de 1907, sobre mal funcionamiento del servicio radio-telegráfico; o STS de 30 de enero de 1912, sobre mal

justificar un régimen jurídico exorbitante muestra una relativa recepción de la doctrina francesa en España, donde el servicio público no ha llegado a ser nunca fundamento único de la actuación del poder<sup>82</sup>. Pero ello no oscurece su relevancia en cuanto a determinante de diversos aspectos del Derecho administrativo –contratación, responsabilidad pública-, ni oculta su actuación como técnica que da lugar a la progresiva formación de una responsabilidad estatal por la provisión de ciertos bienes que se consideran esenciales para el individuo<sup>83</sup>.

## **B. La transformación de la estructura estatal**

La actividad de reforma social que se exige al poder público, realizada a través de las prestaciones económicas y servicios públicos mencionados, conlleva una modificación de la estructura estatal, que se produce como adaptación a la realización de las nuevas funciones. En los estados nórdicos, ello se plasma en la formación de una Administración que goza de una amplia autonomía, ejercida en diversos niveles, y a un control de sus facultades que va desarrollándose, a pesar de que no se estabiliza hasta finales del siglo XX. En los estados continentales, la especial fuerza normativa atribuida a la Constitución, junto con la extensión de un verdadero control judicial al ámbito administrativo, confieren a esta transformación una impronta distinta, en el que los mecanismos del Estado social se integran necesariamente en los controles y garantías propios del Estado de Derecho.

La organización administrativa adquiere en los países nórdicos una fisonomía singular, por el establecimiento –con la única excepción de Dinamarca- de una serie de autoridades administrativas que, en lugar de situarse jerárquicamente bajo la dirección de un Ministro, gozan de un carácter independiente y actúan bajo su propia responsabilidad, con la única sujeción a ciertas instrucciones o circulares administrativas generales. El origen de estos

---

funcionamiento del servicio telefónico). En el Derecho positivo, la noción de servicio público aparecerá como criterio de la contratación administrativa en la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (art. 3); y como fundamento de la responsabilidad objetiva de la Administración, actualmente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (art. 139).

<sup>82</sup> A pesar de una cierta recepción de la doctrina francesa, en el Estado español no se llega a pensar el servicio público como sustitución de la dominación estatal en nombre de la solidaridad social, no se halla presente la relación entre el servicio público y la realización de la voluntad general. Sobre ello, MODERNE, Franck; “La notion de service public en Espagne”, en MODERNE, Franck; MARCOU, Gérard (eds.); *L’idée de service public dans le droit des états de l’Union européenne*, op. cit., 2001, p. 318.

<sup>83</sup> Para GARRIDO FALLA, por ejemplo, el servicio público es una actividad técnica de producción de bienes que se ponen a disposición del ciudadano, prestándose al público de forma regular y constante mediante la organización de medios personales y materiales de titularidad pública, bajo un régimen jurídico especial. Véase GARRIDO FALLA, Fernando; “El concepto de servicio público en Derecho español”, en *Revista de Administración pública*, núm. 135, 1994, p. 21.

órganos está ligado a razones históricas y puede remontarse a las monarquías absolutas, pero su proliferación se ha producido especialmente a partir del siglo XX, cuando el aumento de la actividad administrativa ligada a la actuación del Estado en la esfera social y económica ha generado la necesidad de crear nuevas estructuras públicas, que diseñen, apliquen y ejecuten las políticas en estos ámbitos<sup>84</sup>.

La autonomía de la que se dotan estas entidades, junto con la amplitud de sus funciones – que alcanzan desde la regulación general al tratamiento de asuntos individuales-, suponen la ubicación en sus manos de una parte importante del proceso de transformación y reforma del orden social<sup>85</sup>. La composición de estas agencias se halla, por ello, dominada por juristas y técnicos expertos en distintas materias, lo que las capacita para elaborar con éxito reglamentaciones generales y para tomar decisiones de carácter cuasi-judicial<sup>86</sup>. Si embargo, ello no empece al riesgo de excesiva burocratización y de dominio de la tecnocracia que implica dicha construcción<sup>87</sup>: las amplias facultades atribuidas a dichos órganos suponen una elevada capacidad de incidencia sobre la esfera del individuo así como de control social, lo que ha sido en gran medida motivo de denuncia y de oposición desde diversos sectores y ha dado lugar, progresivamente, a la intensificación de los diversos mecanismos de control.

La organización administrativa se caracteriza, por otro lado, por una elevada descentralización, que confiere a los entes locales –municipios y entes intermedios- una importante autonomía<sup>88</sup>. La existencia de estos entes, cuyo origen se remonta al siglo XIX, ha

---

<sup>84</sup> En Suecia, por ejemplo, este dualismo en la Administración tiene origen en la creación de colegios separados de la Administración Real ya en el siglo XVII. Sin embargo, la mayor parte de agencias se establecen en el período de entreguerras y en la segunda mitad del siglo XX.

<sup>85</sup> Aún así, la independencia de estas entidades no debe ser sobredimensionada. A largo plazo, si el Ministro no está de acuerdo con la política de una determinada agencia, encontrará los medios para asegurar que su opinión sea considerada. HERLITZ, "Swedish Administrative Law. Some Characteristic Features", *Scandinavian Studies in Law*, vol. 3, 1959, p. 100.

<sup>86</sup> Por ello, la aparición de Tribunales administrativos fue relativamente tardía en estos estados. HOLMGREN, Kurt; "The New Swedish Legislation on Administrative Jurisdiction", *Scandinavian Studies in Law*, vol. 18, 1974, p. 77.

<sup>87</sup> La confianza en la denominada "ingeniería social", como capacidad de investigadores y técnicos de diseñar reformas sociales e incidir en el desarrollo de la sociedad es propia del período de esplendor del modelo nórdico, pero decae posteriormente a partir de los años ochenta, cuando se empieza a cuestionar su efectividad. La gran expansión del sector público ha sido cuestionada, asimismo, por la elevada burocratización que supone y el amplio poder que confiere a la Administración sobre el individuo. Sobre ello, ROTHSTEIN, Bo; *The Social Democratic State: the Swedish Model and the Bureaucratic Problem of Social Reforms*, Pittsburgh: Univ. of Pittsburgh Press, 1996, p. 43 y ss. ROTHSTEIN, Bo; "Sweden: The Fall of the Strong State", *Scandinavian Political Studies*, vol. 29, 2006, p. 47 y ss.

<sup>88</sup> En Suecia, existen actualmente 290 municipios (*kommuner*) y 20 condados (*landsting*). El primer antecedente de la autonomía local se encuentra en las ordenanzas municipales de 1862 (*Kommunalförordningar*), que introdujeron una división territorial basada en las agrupaciones ya existentes de parroquias y ciudades, y les atribuyeron la facultad de establecer sus propios impuestos. En los otros estados nórdicos existen divisiones administrativas similares: en Noruega, 19 condados (*fylker*) y 430 municipios (*kommuner*); en Dinamarca, 5

sido racionalizada y reorganizada, aprovechando su estructura y su proximidad a la ciudadanía para la provisión, principalmente, de los servicios del Estado social<sup>89</sup>. Ello ha dado lugar a un sistema social ampliamente descentralizado, que cuenta con una elevada flexibilidad y capacidad de adaptación a los problemas concretos de cada territorio, y en el que la Administración central ha ido reduciendo su intervención, manteniendo únicamente funciones de supervisión.

El aumento de las funciones de la Administración que se halla implícito en la construcción del Estado social se ha reflejado, asimismo, en la articulación progresiva de mecanismos que pretenden realizar un control de su actividad. Si en los estados nórdicos el control de la Administración por el poder judicial se ha elaborado alrededor de distintos modelos –Dinamarca y Noruega lo atribuyen a los Tribunales ordinarios, siguiendo el modelo anglosajón; mientras que Suecia y Finlandia crean Tribunales administrativos, como el modelo continental-<sup>90</sup>, en ambos casos la estabilización y desarrollo de un control exhaustivo sobre la Administración no se produce hasta el último tercio del siglo XX, cuando se perfecciona la estructura de Tribunales y éstos empiezan a ejercer con más rigor dicho control<sup>91</sup>. Por ello se ha producido en estos países, paralelamente al control judicial general, la creación de una serie de Tribunales especiales para determinadas cuestiones –impuestos, seguridad social- así como de ciertos mecanismos administrativos –*ombudsman*, supervisión

---

regiones (*regioner*) y 98 municipios (*kommuner*); en Finlandia, 20 regiones (*maakunta*), 72 subregiones (*seutukunta*), y 342 municipios (*kunta*). LARSSON, Torbjörn; BÄCK, Henry; *Governing and Governance in Sweden*, Lund: Studentlitteratur, 2008, p. 210.

<sup>89</sup> En Suecia, por ejemplo, la Ley 1991:900 del Gobierno Local (*Kommunallagen*) prevé una competencia general de los municipios, que los habilita para atender aquellos asuntos de interés general que estén conectados con su ámbito territorial siempre que no estén atribuidos a otra entidad; y una competencia especial, que deriva de las obligaciones y responsabilidades que se establecen para ellos en la legislación sectorial. A través de esta legislación especial se ha atribuido a los entes locales amplias competencias en materia social: corresponde a los municipios la prestación, entre otros, de los servicios sociales, la educación, y la vivienda, mientras que los condados tienen como principal función la provisión de asistencia sanitaria. BOHLIN, Alf; *Kommunalrättens grunder*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2007 (5ª ed.), p. 142 y ss.

<sup>90</sup> Sobre los distintos modelos de control de la Administración, véase MERIKOSKI, Veli; “Legality in Administrative Law: Some Trends in Evolution and Practical Experiences”, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 6, 1960, p. 130 y ss.

<sup>91</sup> En Noruega y Dinamarca, a pesar de que el control de la Administración por los Tribunales se afirma desde la primera mitad del siglo XIX (en Noruega, se afirma jurisprudencialmente desde 1818, y en Dinamarca lo establece la Constitución de 1849), en la práctica este control ha sido débil hasta la II Guerra Mundial: los Tribunales tendían a considerar que la decisión administrativa era discrecional y que no podía, por tanto, ser objeto de control judicial. En Suecia y Finlandia, se establece un Tribunal Supremo Administrativo en 1909 y en 1918 respectivamente, pero la estructura inferior de Tribunales administrativos, separados de los órganos de la Administración, no se consigue hasta los años setenta, en Suecia, y los años noventa, en Finlandia.

administrativa- que se dirigen a asegurar la efectiva protección del individuo frente al amplio poder de las autoridades administrativas<sup>92</sup>.

En los países continentales, la construcción del Estado social produce también ciertas transformaciones en la estructura orgánica y funcional del poder público. La superación del dogma de la generalidad de la ley da lugar a una modificación en la función reguladora, dirigida no tanto a la totalidad de ciudadanos sino a los concretos ámbitos de configuración social, estableciéndose condiciones y regímenes jurídicos diversos para cada situación y entrando con un cierto detalle en el objeto de regulación, que requiere por su complejidad una legislación técnica y especializada<sup>93</sup>. Ello supone, al mismo tiempo, ciertos cambios en la regulación clásica: por un lado, la entrada en todos los ámbitos de la vida social y económica produce un cierto traslado de la regulación a otros órganos e instituciones administrativas, que asumen su tratamiento de acuerdo con su conocimiento técnico<sup>94</sup>; por otro lado, la extensión de la regulación produce, tanto a nivel legislativo como administrativo, una apertura a nuevas formas de participación ciudadana –más allá del derecho de sufragio-, que permiten incorporar y valorar los intereses de los individuos y grupos afectados, así como el conocimiento y la opinión de expertos en la materia<sup>95</sup>.

En el ámbito de la función administrativa, se produce la asunción por el aparato ejecutivo de una gran variedad de tareas en relación con el conjunto de la sociedad<sup>96</sup>. La mayor intervención en la regulación y vigilancia del proceso productivo, así como la asunción de tareas de prestación de bienes y servicios, conducen a una Administración con mayores facultades, capaz de crear, suprimir y organizar los servicios en distintas formas, así como de encuadrar la actividad económica a través de una intervención directa –regulación, empresariado público, ayudas públicas- o indirecta –reglamentación blanda, participación en

---

<sup>92</sup> FROMONT, Michel; *Droit administratif des États européens*, Presses Universitaires de France, Thémis, Paris, 2006, p. 71.

<sup>93</sup> La crisis de los supuestos en los que se basaba la abstracción y generalidad de la ley, como la universalidad de la razón, la identidad de la naturaleza humana, y la fuerza estructuradora de la ley, dan lugar a una pérdida de fe en la capacidad de la ley de regular de forma abstracta todas las situaciones. Sobre ello, GARCÍA-PELAYO, Manuel; *Derecho constitucional comparado*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1984 (7ª ed.), p. 70 y ss.

<sup>94</sup> Aparecen así, por ejemplo en Francia, las autoridades independientes de regulación, dotadas o no de personalidad jurídica, y los establecimientos públicos, que regulan la prestación de ciertos servicios públicos. La apertura de la mayor parte de servicios públicos a la competencia da lugar a la distinción entre las funciones de gestión, atribuidas a entidades privadas, y la función de regulación, mantenida por el poder público. Sobre ello, LINOTTE, Didier; ROMI, Raphaël; *Droit public économique*, LexisNexis, Paris, 2012, p. 145 y ss.

<sup>95</sup> Se trata de los procedimientos de audiencia e información públicas, en el ámbito administrativo, y también de la apertura a comparecencias en el proceso legislativo parlamentario.

<sup>96</sup> Véase sobre las transformaciones que ello produce en el Estado, SUBIRATS, Joan; “Notas acerca del Estado, la Administración y las políticas públicas”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 59, 1988, p. 173 y ss.

sociedades privadas<sup>97</sup>. Si en los países continentales, a diferencia del modelo escandinavo, los órganos administrativos se subordinan al ejecutivo y a su concreto Ministro, esta estructura, aún con su progresivo crecimiento, se revelará insuficiente para la provisión de los servicios y prestaciones públicas, dando lugar a nuevos tipos de entidades públicas – organismos autónomos, empresas públicas, establecimientos públicos-, y a nuevas formas de colaboración entre la organización del Estado y las entidades privadas –concesiones, sociedades de capital público, sociedades de economía mixta, entre otras<sup>98</sup>, que escapan a la jerarquía de un Ministerio concreto y se dotan de mayor autonomía.

Paralelamente, se refuerzan junto a estos nuevos órganos los mecanismos de control de su actuación, que se articulan en los países continentales en torno a la tutela judicial. Al control realizado por las propias autoridades administrativas superiores se añade, así, la fiscalización llevada a cabo por los órganos judiciales, organizados en distintos modos: en Francia, la jurisdicción administrativa se separa estrictamente del juez ordinario, con el Consejo de Estado como órgano supremo que combina funciones consultivas y jurisdiccionales<sup>99</sup>; en Alemania, el control administrativo se atribuye a un orden jurisdiccional específico –el contencioso-administrativo-, que se halla integrado en una estructura judicial unitaria y que tiene en el Tribunal Federal Administrativo su instancia superior<sup>100</sup>; en España, también el control de la legalidad y los fines de la Administración se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa, situándose ésta no obstante bajo el Tribunal Supremo<sup>101</sup>. En

---

<sup>97</sup> El retroceso de las formas de intervención directa frente a las formas de regulación y control indirecto se pone de manifiesto por COLSON, Jean-Philippe; IDOUX, Pascale; *Droit public économique*, L.G.D.J, Paris, 2010, p. 221 y ss.

<sup>98</sup> Sobre ello, AUBY, Jean-François; *Les services publics en Europe*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998, p. 48 y ss. GAUDEMET, Yves; *Droit administratif, op. cit.*, 2005, p. 320 y ss.

<sup>99</sup> La función del Consejo de Estado ha sido de gran relevancia, como se sabe, en la construcción del Derecho administrativo francés. La distinción entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción ordinaria tiene origen en una particular interpretación de la división de poderes, que se ha entendido como impidiendo al poder judicial ordinario tomar decisiones relativas a los actos del poder ejecutivo. El fundamento de esta distinción se halla en la Ley de 16-24 de agosto de 1790, todavía vigente, y se ha declarado como “principio fundamental reconocido por las leyes de la República”, con rango constitucional (Decisión del Consejo constitucional de 23 de enero de 1987). VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre; *Droit administratif, op. cit.*, 1992, (12ª ed.), Tomo I, p. 98 y ss.

<sup>100</sup> La creación de una jurisdicción específica en Alemania responde también a la preocupación por la instauración de un control administrativo que no se atribuyera a la jurisdicción ordinaria, pero su establecimiento sería mucho más lento que en Francia, y no se produciría de forma definitiva hasta la Ley Fundamental de 1949. La Ley Fundamental de 1949 prevé un Tribunal Federal administrativo (art. 95.1), regulado por la Ley de 23 de septiembre de 1952, y la unificación definitiva de las jurisdicciones administrativas se produce finalmente con la Ley de 21 de enero de 1960. AUTEXIER, Christian; *Introduction au Droit public allemand*, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, p. 309 y ss.

<sup>101</sup> La jurisdicción contencioso-administrativa tiene un origen similar a los demás estados. Tras la implantación de un sistema de justicia retenida inspirado en el modelo francés (Ley de 2 de abril de 1845 sobre Consejos provinciales), éste fue suprimido por Decreto de 13 de octubre de 1868, estableciéndose un Tribunal Supremo con una Sala contencioso-administrativa, sistema que nuevamente se suprimiría en 1875. A partir de la Ley de

todos los casos, no obstante, a diferencia del modelo escandinavo –especialmente el sistema sueco-, las autoridades administrativas son claramente distinguidas de los órganos judiciales, con facultades de control diferentes en relación con el acto administrativo o reglamentario: el control judicial se limita en todo caso a la valoración de la legalidad de la actuación administrativa, quedando la oportunidad y adecuación de la decisión sujetas únicamente a la valoración de los propios órganos administrativos.

La Administración conserva, por ello, un cierto ámbito de poder discrecional que no es susceptible de control judicial. Si ello es necesario para la realización de sus actividades –de lo contrario, la Administración sería un aparato meramente ejecutor de la ley-<sup>102</sup>, conlleva al mismo tiempo un cierto peligro, por la amplitud de tareas que alcanza en el Estado social y su posible incidencia sobre el ciudadano. La sujeción, en los países continentales, de la Administración a los contenidos materiales de la Constitución, que se imponen a ella en todo caso –especialmente, los derechos fundamentales y los principios de valor generales- extiende en cierta medida el control judicial sobre los actos administrativos, estableciéndose a nivel fundamental aquellas opciones materiales de las que no se puede separar. El reconocimiento, junto a ello, de los principios de transparencia y buena Administración, así como la creación de instituciones administrativas independientes que controlan la actividad de estos órganos –inspiradas a menudo en el modelo escandinavo-<sup>103</sup>, constituyen desarrollos que intentan llevar más allá el control administrativo, insertando los mecanismos clásicos en un conjunto más amplio de garantías que permita una revisión sobre todos los aspectos de su actividad.

---

13 de septiembre de 1888 se establece definitivamente un sistema mixto, que opta por un control jurisdiccional distinto al orden civil y penal pero no retenido, sino ejercido por Tribunales de composición mixta administrativo-judicial. La Constitución de 1978 establece actualmente el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad y fines de la actuación administrativa (art. 106.1), haciendo mención específica a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 153.c). Véase ROSADO PACHECO, Santiago; *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 18 y ss.

<sup>102</sup> RIVERO, Jean; WALINE, Jean; *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 1994 (15ª ed.), p. 73. Para los autores, es necesario buscar un equilibrio entre la competencia reglada de la Administración y su poder discrecional, imprescindible también para el desarrollo de sus actividades.

<sup>103</sup> En Francia, el Mediador de la República, creado por la Ley de 3 de enero de 1973 e inspirado en la figura sueca del Ombudsman, se ha transformado en el Defensor de los Derechos por la reforma constitucional de 23 de julio de 2008, ampliando sus funciones e integrando otras instituciones ya existentes, como el Defensor de los menores y la Comisión nacional de la deontología y la seguridad. En Alemania, el control de la adecuación y oportunidad de la decisión administrativa se realiza por ciertos Ombudsman sectoriales, y por la oficina de peticiones del Parlamento federal, que recibe reclamaciones por mala administración. En España, la Constitución hace referencia al Defensor del Pueblo como institución de garantía de los derechos fundamentales que supervisa la Administración (art. 54), regulado por Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril como alto comisionado de las Cortes Generales. A nivel autonómico, se han establecido instituciones similares de supervisión de la Administración autonómica.

También la transformación de la estructura estatal se produce, en los estados continentales, en unas coordenadas similares al modelo nórdico, si bien adquiere rasgos particulares: la potenciación de la estructura administrativa, necesaria para las nuevas tareas atribuidas a estos órganos, se combina con un control normativo de la regulación legislativa y reglamentaria, que busca orientar a través de la norma constitucional la actuación de los órganos estatales. El control de la actividad de configuración social se sitúa, así, en la vía constitucional y judicial, más que en las instituciones de control administrativo.



## **CAPÍTULO 2. EL MODELO NÓRDICO DE ESTADO SOCIAL**

El modelo nórdico de Estado social surge de la respuesta inclusiva y democrática a la cuestión social, y tiene un proceso de construcción caracterizado por rasgos singulares. Estos rasgos específicos dan lugar a un sistema propio de Estado social que, si bien no es plenamente uniforme en todos los estados, puede caracterizarse por su forma jurídica como un modelo único: se halla en los diversos ordenamientos una forma particular de articulación jurídica, dominada esencialmente por los elementos democráticos (Sección I); unos elementos sustantivos comunes, determinados por la orientación general al principio de igualdad frente al mercado (Sección II); y unos elementos formales similares, tanto en lo que se refiere a los instrumentos reguladores, ampliamente participativos, como en los instrumentos administrativos, extensamente desarrollados (Sección III). Todo ello habilita a hablar, como se verá, de un modelo nórdico de Estado social, con una construcción jurídica que difiere del modelo continental y que muestra vías distintas de configuración de este Estado, alejadas de la garantía constitucional<sup>104</sup>.

### **SECCIÓN I. LA ARTICULACIÓN JURÍDICA DEL MODELO NÓRDICO DE ESTADO SOCIAL**

El modelo nórdico de Estado social se caracteriza por un modo particular de llevar a cabo la finalidad de transformación y reforma social por el poder público. Ello se refleja, especialmente, en los aspectos de su articulación jurídica, en la regulación de los elementos materiales que determinan la actividad de configuración social, y en la previsión de los instrumentos por los que el Estado lleva a cabo dicha función. No existe, en los países nórdicos, un acto fundacional de la nueva forma de Estado que se plasme en un documento constitucional, ni se hallan determinados por la norma fundamental los elementos materiales que rigen la actividad de reforma y configuración social (Sección A). Si ello tiene

---

<sup>104</sup> En este capítulo, la cita de fuentes normativas y jurisprudenciales de Suecia se realiza siguiendo su sistema propio. En el caso de hacer referencia a un determinado artículo de la norma, dado que la Constitución, las leyes y los reglamentos siguen un sistema de numeración de artículos que se inicia de nuevo en cada Capítulo, se señala en primer lugar el Capítulo de la norma y posteriormente el artículo al que se hace referencia (por ejemplo, el artículo 2:3 hace referencia al Capítulo 2 de la norma, artículo 3 dentro del mismo). Se citan trabajos preparatorios de dos tipos: los informes de las comisiones de estudio independientes que inician el proceso legislativo se señalan con las siglas SOU, que corresponden a *Statens Offentliga Utredningar* (Serie de estudios oficiales del Estado); los informes de los ministros que contienen propuestas de ley se citan bajo la expresión *propositioner* o *prop.* (propuesta de ley). Las sentencias del Tribunal Supremo se señalan con la sigla NJA, que corresponden a *Nytt Juridiskt Arkiv* (Nuevo Archivo Jurídico), título de la serie donde se publican; las resoluciones del Tribunal Supremo Administrativo se citan con las siglas RÅ, que corresponden a *Regeringsrätten Årsbok* (Libro Anual del Tribunal Supremo Administrativo).

posteriormente una cierta evolución, modificándose la idea clásica de constitución en los países nórdicos, los elementos sociales no adquieren un amplio reconocimiento en estas normas, manteniéndose su realización a nivel legislativo y recogiendo los textos constitucionales sólo algunos de los instrumentos formales del Estado (Sección B).

### **A. Un pacto fundacional no constitucional**

El aspecto más característico del modelo social nórdico viene constituido por su construcción, al menos en un momento inicial, al margen de las normas constitucionales. La formación y afianzamiento del sistema social no se realiza a través de la aprobación de un acto fundamental constitutivo de la nueva forma de Estado –una nueva constitución–, ni éste tiene posteriormente un reflejo importante en las normas fundamentales<sup>105</sup>, lo que deriva de una concepción de la Constitución como norma llamada a establecer únicamente la organización de poderes, sin elementos materiales que pudieran positivamente condicionar o limitar la actuación estatal (apartado i). Sin embargo, ello no implica la ausencia de un pacto constituyente del Estado social en estos países: los acuerdos políticos y sindicales adoptados entre las fuerzas más representativas adquieren una virtualidad en la práctica como marco que delimita el espacio que tienen las distintas fuerzas para la realización de la configuración y reforma social (apartado ii). Se trata, es cierto, de un pacto de naturaleza política que carece de la fuerza normativa de la Constitución, pero que actúa en el espacio democrático con efectos similares al de las normas constitucionales en el modelo continental.

#### **i. La concepción tradicional de la Constitución en los estados nórdicos**

La articulación jurídica de los estados sociales nórdicos al margen de las normas constitucionales se halla ligada a las particulares características del constitucionalismo escandinavo y su relación con la formación del Estado, así como a una tradición jurídica que logra una progresiva y continuada democratización del poder público, sin necesidad de una teoría abstracta del Estado ni de una norma que imponga al legislador determinados elementos dotados de supremacía. La orientación del poder público hacia nuevas funciones y

---

<sup>105</sup> Ello se aprecia particularmente si se observa la evolución constitucional en estos estados, en la que no aparecen grandes cambios constitucionales que correspondan a la construcción del Estado social. En Suecia, el Instrumento de Gobierno de 1809 se mantuvo formalmente vigente hasta 1974; en Noruega, la Constitución de 1814 sigue en vigor actualmente, aunque con algunas modificaciones; en Dinamarca, la Constitución de 1849 siguió vigente hasta 1953; y en Finlandia, la aprobación de una nueva Constitución en 1919 respondió más a la independencia respecto a Rusia, que al establecimiento de un nuevo modelo social. Ello no significa que, en las Constituciones aprobadas o modificadas más recientemente en estos países no se hayan recogido elementos sociales. Pero la construcción del Estado social nórdico se produjo largamente al margen de estas normas, por la vía legislativa.

tareas en la sociedad se refleja en Derecho, en estos estados, en la utilización de los instrumentos públicos para fines sociales –actividad legislativa, actividad administrativa-, más que en el establecimiento de una norma fundamental que traduzca jurídicamente el pacto social y obligue al Estado a la realización de las actividades correspondientes.

Ello se debe esencialmente a las particulares características que tiene el constitucionalismo en los estados nórdicos. Si inicialmente éstos se hallan fuertemente influenciados por las doctrinas que surgen de las revoluciones liberales continentales, y por la visión de la norma constitucional como documento político que recoge la organización de poderes y algunos derechos clásicos, lo singular en estos estados se halla en la pervivencia de dicha concepción durante casi todo el siglo XX, entendiéndose en general la Constitución como norma de escaso valor jurídico normativo, y limitada a la definición del sistema de gobierno, sin entrar plenamente en la definición normativa de los límites o restricciones materiales que deban condicionar la actividad pública.

Así se refleja, en las primeras constituciones que aparecen en estos estados, cuya aprobación coincide con el período del primer liberalismo y que tienen caracteres similares a las de las constituciones continentales de la misma época. Tanto el Instrumento de Gobierno sueco (1809), como la Constitución noruega (1814) o la Constitución de Dinamarca (1849) constituyen documentos que establecían esencialmente la organización del Estado de acuerdo con el principio de división de poderes, manteniendo todavía el monarca importantes atribuciones, y obteniendo los derechos individuales un cierto reconocimiento, como sucede en otros textos del período liberal. El Instrumento de Gobierno sueco, por ejemplo, se limitaba al establecimiento de las funciones y competencias de los diversos órganos públicos, y dedicaba únicamente un artículo al reconocimiento de ciertas obligaciones del Monarca, precepto que se ha interpretado posteriormente como antecedente de un catálogo de derechos constitucionales<sup>106</sup>.

Si esta condición de la norma constitucional era común a todos los estados europeos durante el siglo XIX, posteriormente el avance que se produce en la Europa continental a través de las teorías positivistas, que atribuyen a la Constitución un valor normativo supremo

---

<sup>106</sup> El artículo 16 del Instrumento de Gobierno de Suecia de 1809 establecía la obligación del Monarca de promover la verdad y la fuerza, prevenir la injusticia, realizar la libertad personal y la prosperidad, y la libertad religiosa. La Constitución noruega establecía de forma más amplia ciertos derechos clásicos, como el principio de legalidad penal y la exigencia de un Tribunal para la imposición de una pena (art. 96), la libertad de expresión (art. 100), la libertad de comercio (art. 101), la prohibición de violación del domicilio (art. 102), la prohibición de plena confiscación de la propiedad como pena (art. 104) o el derecho a plena compensación por expropiación de la propiedad (art. 105). Se trataba, no obstante, de disposiciones que tenían un valor simbólico, y que no gozaban por tanto de fuerza normativa en aquel momento, como tampoco lo tendrían las disposiciones equivalentes en los estados continentales hasta bien entrado el siglo XX.

y sitúan la integración de todos los sectores de la sociedad en los valores y derechos que se recogen en ella<sup>107</sup>, no se traslada a los países escandinavos, donde la aceptación del carácter normativo de la Constitución se dará con intensidades diversas, y donde la imposición de elementos materiales al legislador democrático generará amplias dificultades. El constitucionalismo continental, surgido de las doctrinas alemanas elaboradas alrededor del período de Weimar, no alcanza proyección en los estados escandinavos, ni en lo que se refiere al aspecto formal de la norma fundamental ni en sus aspectos materiales: tanto la concepción de la Constitución como norma suprema del ordenamiento, como su significación material integradora a través de la expresión de los valores y derechos, serán elementos ausentes en la construcción de los estados sociales nórdicos, realizándose estas funciones a través de otras vías e instrumentos.

La construcción positivista del ordenamiento jurídico, que fundamenta en los estados continentales el valor supremo de la norma fundamental, encuentra en los países escandinavos una amplia oposición en el realismo jurídico, que niega la existencia de derechos y de toda entidad jurídica basada en valores que no permita una argumentación jurídica pura. Puede sorprender que, en un mismo afán por depurar la ciencia jurídica de otros elementos que se entremezclaban en ella, los realistas escandinavos se inclinaran por una concepción opuesta a la del positivismo jurídico, en base justamente a la negación de elementos valorativos y metafísicos, que el positivismo también buscaba excluir de la esfera jurídica. Pero es precisamente la posición de ambas corrientes ante los elementos materiales de la Constitución lo que lleva a posiciones diversas sobre la misma: si en los estados continentales el positivismo puro acepta los derechos constitucionales, como elementos materiales cualquiera que el Estado podía auto-imponerse, y que gozaban de la fuerza normativa de la Constitución; el realismo escandinavo negaba la posibilidad de establecer tales límites con un significado jurídico puro y coherente, lo que llevó a rechazar el carácter normativo de la Constitución y los derechos constitucionales.

Así se expresa en la doctrina escandinava de principios del siglo XX, que niega la posibilidad de usar en el lenguaje jurídico el término “derecho”, como entidad que no tiene detrás una realidad fáctica a la que aluda claramente. Para HÄGERSTRÖM, por ejemplo, el término “derecho” hace referencia a una idea de poder sobre una cosa o una persona que depende de múltiples circunstancias, y que no puede aislarse objetivamente, por lo que no

---

<sup>107</sup> Sobre la concepción de la Constitución en los estados continentales, véase *infra* Capítulo 3, Sección I.

debe formar parte de los términos jurídicos<sup>108</sup>. En una posición más matizada, ROSS considera que los derechos constituyen simplemente una técnica de presentación que permite visualizar el contenido de un conjunto de reglas, conectando una pluralidad de hechos condicionantes con una pluralidad cumulativa de consecuencias jurídicas<sup>109</sup>.

Esta posición respecto a los derechos conduce a la relativización en los estados nórdicos de estas entidades, lo que lleva correlativamente a una debilitación de la Constitución como norma suprema. Si en la Europa continental toda la discusión sobre el valor normativo de la Constitución se produce alrededor de los derechos fundamentales –especialmente durante la etapa de Weimar-, en los estados nórdicos no tiene lugar una discusión paralela, manteniendo la Constitución la misma naturaleza que tenía anteriormente, y centrándose la doctrina predominante en la desmitificación de estas entidades: así se refleja en la ausencia de reformas constitucionales en este período, que contrasta con la evolución de las constituciones continentales y la incorporación a ellas de nuevos contenidos.

Esta situación se acentúa, además, por la influencia de la socialdemocracia en los países escandinavos, que busca evitar el establecimiento de una norma constitucional suprema con elementos materiales, como medio para obtener mayor libertad parlamentaria en la configuración y reforma social. Así se refleja, especialmente, en Suecia, donde la lucha por el sistema parlamentario dio lugar a una situación que supuso un claro deterioro de la propia noción de Constitución, distanciándose la práctica institucional del texto de la norma fundamental vigente: la instauración en la práctica de un sistema parlamentario, que se había ido desarrollando *de facto* asumiendo el Parlamento la mayor parte de funciones en detrimento del Monarca, conllevó que la defensa de este sistema y de la democratización del poder implicaran necesariamente la negación del valor normativo de la Constitución de 1809, lo que fue ampliamente sostenido por la socialdemocracia, argumentando que la Constitución escrita había perdido su valor y había sido modificada por costumbre constitucional<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Véase HÄGERSTRÖM, Axel; *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953, p. 4-5. SCHMIDT, Folke; "The Uppsala School of Legal Thinking", *Scandinavian Studies in Law*, vol. 22, 1978, p. 160. STRÖMHOLM, Stig; *Le "réalisme scandinave" dans la philosophie du Droit*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975. OLIVECRONA, Karl; "The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt", *Scandinavian Studies in Law*, vol. 3, 1959, p. 130. OLIVECRONA, Karl; *Law as Fact*, London: Stevens & Sons, 1971, p. 187 y ss, para quien, si bien no cabe apreciar en el concepto de derecho ninguna connotación real, debe aceptarse su uso en el lenguaje jurídico, en la medida en que desempeña funciones importantes en la sociedad.

<sup>109</sup> Véase ROSS, Alf; "Tû-tû", *Scandinavian Studies in Law*, vol. 1, 1957, p. 149, 153. ROSS, Alf; *On Law and Justice*, Berkeley: UCLA Press, 1959, p. 174 y ss.

<sup>110</sup> Ello se produce a partir de la crisis de 1914 y la interpretación que hace la socialdemocracia de la Constitución. El Monarca pareció dar apoyo a una manifestación del campesinado que reclamaba un aumento del presupuesto de defensa, en contra de la postura del Primer Ministro. Ello se interpretó como un intento por su

El texto constitucional quedó así privado de valor jurídico y normativo durante un largo período, hasta la aprobación de un nuevo Instrumento de Gobierno en 1974. La decisión de la socialdemocracia, manteniendo el sistema democrático y parlamentario, implicó establecer el principio mayoritario como principio absoluto, carente de límite alguno, lo que posibilitaría una intensa actividad de configuración social pero conllevaría al mismo tiempo un desconocimiento de las minorías y de los derechos individuales<sup>111</sup>. Se situó así el mayor énfasis para la integración de todos los individuos en la vía democrática, otorgando a los derechos de participación y al proceso político un ámbito material ilimitado.

La ausencia durante largo tiempo de un concepto normativo de Constitución que fijara los límites materiales del poder público conllevó asimismo la inexistencia en estos estados de un sistema fuerte de control de constitucionalidad y de mecanismos de garantía de los derechos constitucionales. Con la única excepción de Noruega, que sigue un sistema de control de constitucionalidad disperso de inspiración anglosajona –ejercido especialmente por su Tribunal Supremo-<sup>112</sup>, los estados nórdicos no han establecido tradicionalmente instituciones de control normativo a modo de Tribunales constitucionales y, si bien han previsto en algunos casos la posibilidad de realizar un control de este tipo, lo han hecho de forma tan estricta que éste ha sido casi inexistente en la práctica<sup>113</sup>.

---

parte de recuperar el poder y poner fin al sistema parlamentario vigente en la práctica, lo que abrió un período de indeterminación en la interpretación de la Constitución: por un lado, la defensa de la Constitución escrita implicaba un retorno al absolutismo limitado (defendido por el idealismo jurídico decimonónico); por otro lado, la defensa del sistema parlamentario vigente en la práctica, emprendida por la socialdemocracia y por el realismo escandinavo, implicaba la crítica al *status* de la Constitución escrita, y la consideración de la práctica política por encima del texto literal de la norma fundamental. La instauración definitiva del sistema parlamentario en 1917, sin una reforma expresa de la Constitución, confirmaron el distanciamiento entre la norma fundamental y la práctica institucional, dando lugar a un completo menoscabo de la idea de Constitución formal. Sobre ello, ENZELL, Magnus; *Requiem for a Constitution: Constitutionalism and Political Culture in Early 20<sup>th</sup> Century Sweden*, Stockholm, Universitet., 2002, p. 140 y ss.

<sup>111</sup> Sobre la influencia del realismo escandinavo en la doctrina jurídica y política socialdemócrata de principios del siglo XX, véase KÄLLSTRÖM, Staffan; "Philosophy and Society. The Uppsala School of Philosophy and the Present Political Debate in Sweden", en CHO, Seung-bog; RONEBY, Nils; *Traditional Thought and Ideological Change. Sweden and Japan in the Age of Industrialisation*, Akademityck AB, Edsbruk, 1988, p. 72.

<sup>112</sup> El control de constitucionalidad se inició en Noruega a inicios del siglo XIX, si bien la primera formulación explícita se produce en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de noviembre de 1866. Durante el siglo XX, sin embargo, este control fue ejercido con gran prudencia, ante el avance de la ideología socialista y la menor consideración por los derechos individuales. Véase SLAGSTAD, Rune; "The Breakthrough of Judicial Review in the Norwegian System", en SMITH, Eivind (ed.); *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1995, p. 96.

<sup>113</sup> En Suecia, el Instrumento de Gobierno previó, desde su revisión de 1979, la posibilidad por los Tribunales y otros órganos públicos de inaplicar una norma que entrara en conflicto con una disposición de la Constitución o con otra norma superior, exigiendo que el error fuera "manifiesto" cuando se tratara de una ley (art. 11:14), lo que sólo se ha suprimido con la reforma constitucional de 2012. Un requisito similar existe en la Constitución finlandesa de 2000 (art. 106). En Dinamarca, la Constitución de 1953 establece la posibilidad por los Tribunales de decidir cualquier cuestión relativa al ámbito de la autoridad ejecutiva (art. 63), lo que se ha interpretado como base para un control de constitucionalidad ejercido por los órganos judiciales, pero éste ha sido francamente

La concepción del poder judicial como poder limitado, deudora del pensamiento revolucionario francés que lo concebía como aplicación automática de la literalidad de la ley, ha llevado en los países escandinavos a negar a estos órganos un control exhaustivo del legislador, que pudiera desconocer el principio democrático y aplicar directamente contenidos materiales. La escasa independencia del poder judicial, provocada por múltiples circunstancias institucionales<sup>114</sup>, se refleja también en la vinculación de estos órganos, no sólo al texto legal, sino también a los trabajos preparatorios parlamentarios: éstos constituyen fuente del Derecho en estos estados y determinan la interpretación que debe darse a la legislación, sustrayendo al Juez toda facultad de interpretación creativa y sujetándolo por tanto a la interpretación dada inicialmente por el órgano de representación democrática<sup>115</sup>.

El constitucionalismo nórdico no ha tenido, pues, un desarrollo paralelo al de los estados continentales. La opción por la vía de la democratización del Estado y de participación política de todos los ciudadanos ha supuesto una concepción reducida de la Constitución, como norma privada durante largo tiempo de supremacía normativa en tanto que opuesta al principio mayoritario prevalente en estos estados. Los elementos del Estado social han tenido, por tanto, una garantía en base al proceso político, a través de un pacto entre las diversas fuerzas representativas del espacio democrático y social que ha actuado como marco para la elaboración de la legislación relevante en relación con la configuración social.

## ii. El pacto político como marco del Estado social

La ausencia en los estados nórdicos de un pacto fundacional plasmado en las constituciones no significa que no existiera en estos países un cierto momento constitutivo del nuevo Estado, ni que la actividad de configuración del orden social y económico por el poder público fuera considerada de menor relevancia. La transición de estos estados hacia un régimen democrático y social se produce de forma más suave y gradual que en los países

---

limitado respecto a la ley, dándose el primer caso de control del legislador en 1999. Sí existen en cambio, en los estados nórdicos, órganos que realizan un control de constitucionalidad no vinculante con anterioridad a la aprobación de la ley, como el el Consejo de Legislación (*Lagrådet*) de Suecia. Véase sobre este control en los distintos estados nórdicos HUSA, Jaakko; *Nordic Reflections on Constitutional Law. A Comparative Nordic Perspective*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2002, p. 133 y ss.

<sup>114</sup> En el sistema sueco, por ejemplo, la independencia del poder judicial ha quedado durante largo tiempo cuestionada por un sistema de nombramiento que atribuía por completo su designación al Gobierno, debiendo éste escuchar en el caso de los órganos superiores a una comisión especial cuya propuesta no era vinculante; y por la ausencia de incompatibilidades entre el ejercicio de la función judicial y otros cargos públicos, combinando a menudo los Jueces tareas de distinta naturaleza. Véase sobre ello CAMERON, Iain; "Protection of Constitutional Rights in Sweden", *Public Law*, 1997, p. 508.

<sup>115</sup> Así lo expone STRÖMHOLM, Stig; "General features of Swedish law", en BOGDAN, Michael (ed.); *Swedish Law in the New Millenium*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2000, p. 31 y ss.

continentales, pero existe también un momento de ruptura con el orden anterior y por tanto de constitución de una nueva sociedad, que tiene lugar, lejos del Derecho constitucional formal, en los acuerdos políticos de gobierno de los años treinta, así como en los acuerdos sindicales suscritos en el ámbito de las relaciones laborales.

Como se vio, la construcción del Estado social se produce en los estados nórdicos a partir de la adopción de ciertos acuerdos políticos y sindicales, que actúan como marco para la transformación de la sociedad y que establecen las bases procedimentales para la integración de todos los sectores. Estos acuerdos no son evidentemente normas constitucionales en sentido propio, pero comparten ciertos rasgos característicos de las constituciones continentales, estableciéndose como elementos constituyentes de la nueva forma de Estado: su carácter paccionado supone la plasmación de un consenso existente en la sociedad en determinados aspectos, logrando un equilibrio entre los diversos intereses existentes, de modo que operan a modo de pacto constituyente y realizan una función de integración de todos los sectores, de forma similar a la función de las normas constitucionales continentales. Si estos acuerdos tienen una naturaleza esencialmente política, que no supone por tanto una traducción de sus elementos a la esfera jurídico-constitucional, su función en el conjunto estatal adquiere rasgos similares a los de un pacto constituyente, actuando en la práctica como marco para el proceso legislativo de configuración social.

Estos acuerdos tienen características distintas en la esfera laboral y en la esfera política. En el ámbito laboral, los pactos adoptados suponen la aceptación mutua de los colectivos representantes del capital y del trabajo, y la fijación de una serie de procedimientos y vías para la negociación y el establecimiento de las condiciones laborales, previstas periódicamente a través de convenios en virtud de la autonomía y fuerza de ambos colectivos. La decisión en cuanto a los elementos materiales que deben realizarse en el ámbito laboral corresponde, por tanto, a los propios sujetos colectivos que actúan como parte en el conflicto social, estableciendo estos acuerdos únicamente un marco formal que fija las facultades e instrumentos que tiene y que puede utilizar cada parte en virtud de su autonomía. El consenso se produce, por tanto, únicamente en cuanto a la vía de solución adoptada: el pacto en el ámbito laboral no supone el reconocimiento por el Estado de determinadas condiciones laborales, ni de obligaciones concretas del empresario, más allá de ciertos elementos mínimos que sí adquieren una cierta normación por el Estado<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> Se prevén normas de estándares sobre negociación, conciliación y arbitraje; se establecen Tribunales de arbitraje para las disputas laborales; se instauran juntas oficiales de conciliación —en las que el poder público tiene un cierto poder de mediación entre las partes—; y se crean Tribunales laborales, especializados en la

Así se refleja, de hecho, en todos los estados nórdicos, donde estos acuerdos supusieron la neutralización del conflicto social, encauzándolo a través de vías estrictamente delimitadas pero atribuyéndoles la posibilidad de determinar por completo los elementos materiales de la relación laboral. En Dinamarca, inicialmente, a través del Compromiso de Septiembre de 1899, completado con el Acuerdo de 1910, se estableció un sistema de negociación colectiva en el que se permitía la acción colectiva por ambas partes de acuerdo con determinadas reglas, y se establecía un Tribunal permanente de arbitraje para dar solución a los conflictos surgidos de la ruptura de los convenios. En Suecia, el Compromiso de diciembre de 1906, completado por el Acuerdo de Saltsjöbaden de 1938, supuso la aceptación por los empresarios del sistema de negociación y convenios colectivos, si bien con ligeras diferencias, puesto que se mantuvo la libertad de contratación y de despido, y se produjo en la práctica una cierta incertidumbre respecto a algunas de las reglas aplicables<sup>117</sup>.

En el ámbito político, en cambio, el consenso que reflejan los acuerdos de gobierno suscritos entre los partidos mayoritarios va más allá del establecimiento de un cauce formal para la realización de los diversos intereses. La alianza establecida entre partidos agrarios y partidos socialdemócratas –en Dinamarca, a través de acuerdos que se suceden desde 1918; y en Suecia a partir del acuerdo de 1936- supone el establecimiento de un pacto para la realización de políticas materiales, que si bien no se traduce jurídicamente, propugna la persecución de ciertos valores y objetivos como elementos sustantivos, más allá del marco procedimental que viene dado por el sistema parlamentario. Así se refleja en las doctrinas que subyacen la adopción de estos acuerdos en los diversos partidos políticos: en Dinamarca, la doctrina socialdemócrata propugnaba la integración de todos los individuos a través de la atribución de derechos sociales plenos<sup>118</sup>; en Suecia, el Partido Social Demócrata se inclinó por la realización de un Estado que fuera un “hogar del pueblo” (*folkhemmet*), donde todas las personas pudieran sentirse incluidas en condiciones de igualdad, independientemente de su necesidad<sup>119</sup>.

---

resolución de disputas en este ámbito. Estas reformas se introducen en Dinamarca por ley de 1910; en Noruega, por la Ley de 1915 sobre el estatuto de la negociación colectiva; y en Suecia, por la Ley sobre conciliación oficial (1906), la Ley sobre la junta central de arbitraje (1920), la Ley sobre el status vinculante de los convenios colectivos y el Tribunal de Trabajo (1928), y la Ley sobre el derecho a la organización colectiva (1936).

<sup>117</sup> Véase FAHLBECK, Reinhold; “Industrial Relations and Collective Labour Law: Characteristics, Principles and Basic Features”, en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 43, 2002, p. 89 y ss.

<sup>118</sup> Así se desprende de la obra de STEINCKE, véase *infra* en este Capítulo nota 139.

<sup>119</sup> . El concepto de “hogar del pueblo” tiene origen en la teoría del Estado en Alemania (Rudolf Kjellén), con connotaciones conservadoras inicialmente, pero se adapta posteriormente en Suecia al pensamiento socialdemócrata, especialmente por el líder del Partido Social Demócrata en los años treinta Per Albin Hansson,

Estos acuerdos adquieren, por tanto, a diferencia de los pactos en el ámbito laboral, una vertiente material que supone la opción por la realización de determinadas políticas sustantivas de configuración social. Se produce también en estos estados, de forma similar a los estados continentales, la aparición de ciertos valores y elementos materiales que, más allá de un esquema liberal de completa autorregulación y libertad, adquieren importancia en la sociedad, reflejándose en las doctrinas políticas en los estados nórdicos –y en la teoría constitucional en los estados continentales-, y llevando a una actuación del Estado que queda determinada por dichos elementos axiológicos. Si en los países escandinavos ello no se refleja de modo importante en las normas constitucionales, subyace no obstante a los pactos políticos adoptados, cuya extendida duración les atribuye una naturaleza cuasi-constitucional: éstos reflejan un consenso prolongado en la sociedad sobre ciertos elementos materiales y, si bien no se aplican normativamente ni gozan de supremacía constitucional, establecen políticamente el marco material de actuación del Estado, operando durante un largo período como acuerdos definidores de su orientación sustantiva.

Ello no implica, evidentemente, que existiera en los países nórdicos un consenso absoluto en torno a las ideas de la socialdemocracia, ni que las políticas y la legislación social adoptada lo fuera sin controversia alguna. Al contrario, importantes reformas sociales adoptadas fueron objeto de amplios debates y discusiones en la esfera pública, aprobándose finalmente por escasos márgenes de diferencia<sup>120</sup>. Sin embargo, incluso los partidos liberales compartían en cierta medida los objetivos de un proyecto social presentado como vía para la mejora del conjunto de la sociedad y considerado beneficioso, por tanto, para todos los estratos de la población: así lo muestra la realización de ciertas reformas sociales gracias a la iniciativa y el apoyo de los sectores liberales, y las dificultades de estos partidos en la reducción de las políticas de bienestar cuando han ocupado posteriormente una posición de gobierno<sup>121</sup>.

El elevado consenso generado en torno a los elementos materiales definidos por los acuerdos políticos, así como en torno a los elementos formales del modelo laboral, hicieron

---

que pone énfasis en aspectos como la justicia, la solidaridad, la humanidad y la democracia. DAHLQVIST, Hans; "Folkhemsbegreppet: Rudolf Kjellén vs Per Albin Hansson", en *Historisk Tidskrift*, 2002, nº3, p. 445 y ss.

<sup>120</sup> Piénsese, por ejemplo, en la reforma del sistema de pensiones de 1958 en Suecia, que fue aprobada por un único voto de diferencia en el Parlamento. Esta reforma requirió una crisis gubernamental que acabó en la disolución de la coalición entre el Partido Social Demócrata y el Partido de Centro, con la posterior celebración de un referéndum consultivo, la disolución del Parlamento y la celebración de elecciones extraordinarias en 1958. LUNDBERG, Urban; ÅMARK, Klas; "Social Rights and Social Security: The Swedish Welfare State, 1900-2000", *Scandinavian Journal of History*, vol. 26, 2001, p. 167-168.

<sup>121</sup> Véase en este sentido LINDBOM, Anders; "The Swedish Conservative Party and the Welfare State", *Report series Institutet för Framtidsstudier*, 2006:12, p. 13 y ss, quien destaca el apoyo inicial de los partidos conservadores a las políticas de bienestar.

innecesario durante largo tiempo el establecimiento del sistema social a nivel constitucional, considerándose prescindible la garantía jurídica que otorga la norma fundamental. Ante un sistema que operaba sin demasiadas resistencias a través del proceso político, gozando de un amplio consenso social y de una actuación acorde y responsable de los órganos públicos, el pacto político se presentaba como garante natural de la continuidad del modelo, permitiendo la expresión de los distintos intereses y la realización sin límites del proyecto socialdemócrata: ello permitía profundizar y adaptar las diversas políticas dentro del acuerdo alcanzado, siguiendo por tanto las decisiones tomadas en virtud del proceso democrático, y de acuerdo con un principio mayoritario que aglutinaba a amplios sectores de la sociedad<sup>122</sup>.

## **B. La evolución del pacto fundacional**

A partir del último tercio del siglo XX, la concepción tradicional de la Constitución en los estados nórdicos sufre una progresiva modificación, especialmente por la influencia del Derecho internacional –sobre todo, los Tratados internacionales de derechos humanos- y por la incidencia de sistemas normativos superiores, como el Derecho de la Unión Europea. La incorporación de los estados nórdicos a las estructuras regionales europeas, que parten de una cultura jurídica distinta a la tradición escandinava, supondrá la inserción de estos sistemas en un marco nuevo, que conllevará una importante modificación en su comprensión de la norma constitucional. Ello supone una transformación radical del escenario nórdico en materia de derechos humanos, pero la incidencia en los elementos del Estado social será más modulada: el pacto político inicial se modifica en cierta medida, intentándose una mayor garantía constitucional, pero los elementos sociales tendrán una acogida reducida en las normas fundamentales, quedando la mayor parte de ellos fuera de este tipo de garantía.

### **i. La transformación del constitucionalismo nórdico**

La transformación en la cultura constitucional nórdica viene dada principalmente por la incorporación de estos sistemas a los instrumentos regionales europeos, que parten de una lógica continental en la determinación e interpretación de su contenido jurídico. Todos los países escandinavos habían firmado y ratificado ya con anterioridad el Convenio Europeo de

---

<sup>122</sup> Así se revela especialmente en el ámbito económico y social, donde la introducción de elementos sociales en las constituciones formales se produce, justamente, cuando se rompe la dinámica de acuerdos políticos de gobierno y se pone fin al dominio de la socialdemocracia. En Suecia, el fin de la hegemonía socialdemócrata en el Parlamento, cuyo declive se inicia en 1973, coincide con la aprobación del Instrumento de Gobierno en 1974, y el reconocimiento, en sucesivas reformas, de derechos constitucionales.

Derechos Humanos<sup>123</sup>, pero su incorporación a los ordenamientos internos no se produce hasta los años noventa, cuando se implementa a través de leyes internas que lo hacen aplicable por los Tribunales nacionales<sup>124</sup>. Esta circunstancia, junto con la adhesión de estos estados a la Unión Europea –con la excepción de Noruega-<sup>125</sup>, y la incorporación subsiguiente de todo el acervo comunitario, produce una profunda renovación del constitucionalismo escandinavo, que pasa a incorporar nuevos elementos materiales, viendo modificado sustancialmente el rol de los órganos judiciales.

Ello produce, especialmente en el terreno de los derechos humanos, una progresiva transformación de la concepción constitucional nórdica, aceptándose el reconocimiento de derechos constitucionales, así como de derechos establecidos a través de instrumentos internacionales. Las reformas constitucionales llevadas a cabo en estos estados durante este período confirman esta tendencia, reforzándose en todas ellas la presencia de derechos constitucionales: en Suecia, la adopción de un Instrumento de Gobierno en 1974 implica el establecimiento por primera vez de un catálogo de derechos constitucionales, que se amplía posteriormente a través de sucesivas reformas<sup>126</sup>; en Dinamarca, los derechos reconocidos por la Constitución de 1953 se amplían y refuerzan con la incorporación del Convenio Europeo de Derechos Humanos; en Finlandia, la reforma constitucional del 2000 supone una importante extensión del catálogo de derechos, fortaleciendo la anterior declaración de derechos, que había sido totalmente revisada en 1995<sup>127</sup>; y también en Noruega el reconocimiento de

---

<sup>123</sup> El Convenio europeo para la protección de los derechos humanos había sido ratificado por Suecia y Noruega en 1952, por Dinamarca en 1953, y por Finlandia en 1990.

<sup>124</sup> La incorporación de este Convenio al ordenamiento interno se produce en Dinamarca a través de la Ley nº 285, de 29 de abril de 1992; en Suecia a través de la Ley 1994:1219, de 5 de mayo de 1994; y en Noruega a través de la Ley nº 30, de 21 de mayo de 1999, sobre fortalecimiento de los derechos humanos en Derecho noruego. A pesar de que el Convenio tiene en estos estados el rango de una ley, y no constituye por tanto una norma de *status* constitucional, los órganos judiciales deben controlar que el legislador no contravenga sus disposiciones (véase por ejemplo el art. 2:19 del Instrumento de Gobierno sueco).

<sup>125</sup> La adhesión a la Unión Europea se produce para Dinamarca en 1973, y para Suecia y Finlandia en 1995. Noruega, como se sabe, no es estado miembro de la Unión Europea, tras el rechazo en los referéndums celebrados en 1972 y en 1994.

<sup>126</sup> El Instrumento de Gobierno de 1974 contenía un breve catálogo de derechos constitucionales. Éste fue ampliado a través de sucesivas reformas: en 1976 se acordó el reconocimiento de los objetivos fundamentales relativos al trabajo, a la educación y a la vivienda, así como la obligación de los poderes públicos de promover la protección social, la salud y la asistencia sanitaria; en 1994 se estableció una mayor protección del derecho de propiedad, se reconoció el derecho a la educación, la libertad de comercio y el derecho a la elección de profesión; en 2002 se introdujeron nuevos objetivos fundamentales de la actividad pública, relativos a la lucha contra la discriminación y a la preservación del medio ambiente; y en 2012 se introduce el derecho a un proceso justo en un tiempo razonable, se fortalece el derecho a la propiedad y el derecho a la integridad física, entre otros.

<sup>127</sup> La reforma de la Constitución de Finlandia, que entró en vigor el 1 de agosto de 1995, supuso la incorporación a la Constitución de un catálogo comprehensivo de derechos, tanto derechos de libertad como derechos de prestación. La posterior reforma de 1999 implicó la modificación del control de constitucionalidad.

derechos se refuerza a través de la Ley de 21 de mayo de 1999, sobre fortalecimiento de los derechos humanos en Derecho noruego, que supone la incorporación del Convenio europeo y de otros Tratados internacionales en la materia, otorgando precedencia a estos contenidos frente a las leyes nacionales<sup>128</sup>.

Ello supone un importante cambio de mentalidad en los países nórdicos, en cuanto se acepta la limitación del proceso político y de la actuación del Parlamento por efecto de la determinación de elementos materiales a través de normas dotadas de superioridad jerárquica. El legislador pierde su estatuto de soberano único y pleno, imponiéndose límites a su capacidad de decisión y estableciéndose aspectos de contenido que debe respetar y realizar a través de su actuación. El Derecho internacional, y en especial el sistema jurídico de la Unión Europea, cuyos actos normativos adquieren primacía frente a la ley nacional, contribuyen al reconocimiento por la doctrina escandinava de la posibilidad y la conveniencia de establecer ciertos límites al proceso democrático, así como a la normalización del control de la ley nacional en relación con normas superiores.

Así se refleja, de hecho, en el refuerzo del control de constitucionalidad que se establece en las últimas reformas constitucionales de estos estados, así como en la práctica de los órganos judiciales allí donde ya tenían estas facultades. En Suecia, la reforma del Instrumento de Gobierno de 2012 supuso la supresión del requerimiento de incompatibilidad “manifiesta” de una ley con la Constitución para poder ser inaplicada, y la atribución en exclusiva de este control a los órganos judiciales (art. 11:14)<sup>129</sup>. En Finlandia, la reforma constitucional de 2000 introdujo la posibilidad por los Tribunales de ejercer un control de constitucionalidad posterior a la entrada en vigor de la ley, que no existía anteriormente (art. 106)<sup>130</sup>. En otros estados, si ello no ha conllevado reformas expresas de la norma fundamental, los Tribunales

---

<sup>128</sup> Existen asimismo propuestas para la ampliación del catálogo de derechos constitucionales en el texto fundamental noruego. Véase en este sentido el *Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*, de 19 de diciembre de 2011.

<sup>129</sup> Entre las razones aducidas para esta modificación, se menciona en los trabajos preparatorios el fortalecimiento que había tenido ya el control normativo desde la incorporación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como la modificación que supone la asunción del Derecho de la Unión Europea, que no quedaba ya sujeto al requisito de incompatibilidad manifiesta, aplicándose directamente. Véase Prop. 2009/10:80, p. 146.

<sup>130</sup> El control de constitucionalidad se ejercía anteriormente en Finlandia sólo por el Comité de Derecho Constitucional, formado por miembros del Parlamento, que realizaban un control *ex ante* de la legislación. La reforma constitucional de 1995 mantuvo intacta la prohibición de control de constitucionalidad por los Tribunales, que sólo se modificó con la reforma de 1999, estableciendo una forma débil de control judicial *ex post* (sólo cuando exista un conflicto manifiesto), que debía combinarse con el control previo. Ello se ha interpretado como una evolución de los estados nórdicos hacia una tercera vía de constitucionalismo, entre el control judicial fuerte y la soberanía absoluta del Parlamento. Véase SCHEININ, Martin; LAVAPURO, Juha; OJANEN, Tuomas; “Rights-based Constitutionalism in Finland and the Development of a Pluralist Constitutional Review”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, núm. 2, 2011, p. 516 y ss.

han aumentado e intensificado el control normativo, estableciendo e interpretando de forma más estricta los límites que el legislador debe respetar. Incluso han aparecido propuestas a favor del establecimiento de Tribunales constitucionales en Suecia y en Finlandia, como órganos que actúen en defensa de la Constitución<sup>131</sup>.

Esta transformación produce en los órganos judiciales una modificación profunda de su función, alterando el papel que tradicionalmente habían tenido en los estados nórdicos. La idea de un poder judicial sometido plenamente al legislador, sujeto a su voluntad y privado de una interpretación independiente, queda superada forzosamente con la inserción de estos estados en la Unión Europea, cuyo sistema jurídico adquiere primacía frente a las normas nacionales y obliga a los Tribunales nacionales, en su actividad diaria, a examinar las leyes internas y a inaplicarlas si son consideradas contrarias al Derecho de la Unión. Ello produce, como se ha señalado, un aumento de la judicialización de la vida política en estos estados, y un cambio en la mentalidad de los órganos judiciales: éstos pasan de ser meros órganos ejecutores del texto de la ley a constituirse en guardianes de las normas superiores, debiendo habituarse a la consagración de elementos materiales y formales en un texto dotado de carácter normativo y de supremacía, cuya garantía se sitúa principalmente en la vía judicial<sup>132</sup>.

La inserción de los estados nórdicos en esta vía de constitucionalización los aproxima a una concepción continental de la Constitución, atribuyéndole un valor simbólico importante para el establecimiento de los elementos esenciales de la sociedad, así como un carácter normativo pleno. Ello se refleja en la incorporación a estas normas de elementos materiales y

---

<sup>131</sup> Véase por ejemplo ÅHMAN, Karin; "Rättighetsskyddet i praktiken – skydd på papperet eller verkligt genomslag?", en SMITH, Eivind; PETERSSON, Olof (eds); *Konstitutionell demokrati*, SNS Förlag, Stockholm, 2004, p. 174. HUSA, Jaako; *Nordic Reflections on Constitutional Law. A Comparative Nordic Perspective*, op. cit., 2002. HAUTAMÄKI, Veli-Pekka; "Reasons for Saying: No Thanks! Analysing the Discussion about the Necessity of a Constitutional Court in Sweden and Finland", en *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 10, 2006, p. 5.

<sup>132</sup> Véase en este sentido NERGELIUS, Joakim; "North and South: Can the Nordic States and the European Continent find each other in the Constitutional area- or are they too different?", en SCHEININ, Martin (ed.); *Welfare State and Constitutionalism- Nordic Perspectives*, Copenhagen, Nordic Council of Ministers, 2001, p. 90, quien considera que el mayor papel de los Tribunales es positivo y que hay que abandonar el respeto por el Gobierno de los expertos. Asimismo, CAMERON, Iain; "The Influence of European Human Rights Law on National Law", en HOLLO, Erkki J. (ed.); *National Law and Europeanisation*, Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki, 2009. ARNÁSON, Agust T.; "The Good State or the Constitutional Innocents of the Nordic Societies", en NERGELIUS, Joakim (ed.); *Constitutionalism: New Challenges. European Law from a Nordic Perspective*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2008, p. 155 y ss; BERGGREN, Niclas; KARLSON, Nils; NERGELIUS, Joakim; *Den konstitutionella revolutionen*, Stockholm: City University Press, 2001; BULL, Thomas; *Mötes- och demonstrationsfriheten. En statsrättslig studie av mötes- och demonstrationsfrihetens innehåll och gränser i Sverige, Tyskland och USA*, 1997, p. 30-31; CAMERON, Iain; "Protection of Constitutional Rights in Sweden", op. cit., 1997, p. 488 y ss; NERGELIUS, Joakim; "New Tendencies in Modern Nordic Constitutional Doctrine or the Development of Nordic Constitutional Law. Introduction and General Background", *Scandinavian Studies in Law*, 2007, vol. 52, p. 11 y ss; NERGELIUS, Joakim; *Nordic and Other European Constitutional Traditions*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2006.

en la previsión de garantías normativas judiciales que permiten su aseguramiento<sup>133</sup>, lo que modifica en cierta medida el marco inicial en que se produjo el pacto fundacional del Estado social. La reducida importancia del constitucionalismo en aquel momento, que supuso la articulación del pacto social a través de acuerdos sindicales y políticos no reflejados en las normas constitucionales, se transforma posteriormente, adquiriendo la Constitución un mayor peso en los ordenamientos escandinavos, lo que lleva a la inserción en ella de ciertos elementos del pacto social.

## ii. La distinta incidencia de la transformación constitucional

La evolución constitucional que se produce en los países nórdicos adquiere una incidencia distinta en los diversos elementos del pacto social inicial. Si el respeto y la protección de los derechos económicos se fortalecen a través de su reconocimiento y garantía en los textos constitucionales, el aseguramiento de los elementos sociales tendrá en ellos una menor presencia, considerándose ampliamente como tarea del legislador. De ello se sigue también el particular establecimiento de los elementos formales del Estado social: los aspectos institucionales quedan fácilmente previstos en las constituciones nórdicas, mientras que los instrumentos de intervención en la economía se sitúan ya inicialmente a disposición del poder público, teniendo posteriormente un reducido reconocimiento a nivel fundamental.

La transformación del constitucionalismo que tiene lugar en los estados nórdicos se produce, principalmente, en relación con los derechos clásicos de carácter civil y económico. La necesidad de limitación de un legislador que, realizando extensamente los elementos sociales, había restringido o desconocido excesivamente otros derechos individuales, conduce a una constitucionalización de los elementos materiales que sigue una lógica inversa a la de los estados continentales: siendo las constituciones nórdicas inicialmente parcas en la regulación de derechos civiles y económicos<sup>134</sup>, posteriormente incluyen elementos materiales que determinan en mayor medida la actuación de los poderes públicos, limitando sus posibilidades de configuración. El tránsito se produce más bien, en estos países, desde el Estado social y democrático al Estado de Derecho, respondiendo su transformación

---

<sup>133</sup> En este sentido, NERGELIUS, Joakim; BERGGREN, Niclas; KARLSON, Nils; *Why Constitutions Matter*, City University Press, Stockholm, 2000, p. 17 y ss.

<sup>134</sup> Véase PECZENIK, Aleksander; "Äganderättsskydd genom rättsstat och konstitutionalism", en BERGGREN, Niclas; KARLSON, Nils (eds.); *Äganderättens konsekvenser och grunder*, Ratio, Stockholm, 2005, p. 151 y ss, quien destaca la débil protección de ciertos derechos individuales económicos en Suecia, en comparación con los estados continentales.

constitucional a la inserción de mayores garantías jurídicas para el individuo ante la configuración social.

Así, ante un desarrollo del principio mayoritario que había puesto en peligro históricamente los derechos individuales y la protección de las minorías, las nuevas constituciones contemplan con garantías reforzadas estos contenidos, incidiendo especialmente en la protección económica del individuo. En Suecia, por ejemplo, se reconoce, en relación con el derecho a la propiedad, el instituto de la expropiación con garantías de indemnización plena que no existían anteriormente (art. 2:15 Instrumento de Gobierno), así como los derechos de las minorías, estableciéndose la prohibición de discriminación por causa de pertenencia a un determinado grupo, ya sea por origen étnico, color, u orientación sexual (art. 2:12), o bien por razón de sexo (art. 2:13). En Dinamarca, la Constitución de 1953 reconoció el derecho de propiedad, limitando su función social y estableciendo garantías para el propietario (art. 73). En Finlandia, la reforma constitucional de 2000 introdujo disposiciones similares, especialmente para la protección de la minoría Sami (arts. 6, 17); y en Noruega, las sucesivas reformas constitucionales fortalecieron del mismo modo los derechos constitucionales, por ejemplo con la protección de la lengua y la cultura sami (art. 110a).

Es cierto que estas reformas conllevaron, al mismo tiempo, el reconocimiento de ciertos principios y derechos sociales a nivel constitucional. Ello ha tenido lugar, no obstante, de forma muy desigual entre los diversos estados, y se ha acentuado únicamente a partir de los años noventa, con resultados dispares. En la mayor parte de estados, el reconocimiento de derechos y principios sociales a nivel fundamental ha sido de todos modos casi inexistente, a pesar de las sucesivas reformas constitucionales<sup>135</sup>: únicamente los elementos relativos al establecimiento de un marco de relaciones laborales, así como ciertos aspectos que generan elevado consenso –como el derecho a la educación o el medio ambiente– aparecen en las constituciones escandinavas, condicionando positivamente al legislador<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> El Instrumento de Gobierno sueco incorpora únicamente ciertos principios generales relativos al bienestar personal, económico y cultural del individuo (art. 1:2), y reconoce el derecho a adopción de medidas de conflicto colectivo por trabajadores y empresarios (art. 2:14), el derecho al medio ambiente (art. 2:15), y el derecho a la educación y la libertad científica (art. 2:18). En Noruega, la Constitución ha incorporado a través de sucesivas reformas la obligación del Estado de establecer las condiciones que permitan a toda persona capaz de trabajar ganarse la vida a través del trabajo, y el derecho de codeterminación (art. 110), así como el derecho a un medio ambiente sano (art. 110b). La Constitución danesa, por su parte, establece también la obligación de garantizar el trabajo a todo ciudadano capaz para asegurar su existencia, añadiendo un derecho a recibir asistencia pública en el caso en que no pueda mantenerse por sí mismo (art. 75), y reconociendo también el derecho a la instrucción gratuita en las escuelas primarias (art. 76).

<sup>136</sup> Una situación distinta se produce en Finlandia, donde la reforma constitucional del 2000 ha dado lugar a una carta fundamental con un amplio catálogo de derechos, entre los que se incluyen derechos sociales: el derecho a la educación básica gratuita (art. 16); el derecho a ganarse la vida a través del trabajo, la profesión o la actividad comercial elegida (art. 18); el derecho a la seguridad social, que incluye el cuidado indispensable para la

También en relación con los elementos formales del Estado social tiene esta transformación constitucional incidencias dispares. Por un lado, los elementos institucionales propios de esta forma de Estado, adoptados largamente a través de la legislación o reglamentos, adquieren en este momento una cierta plasmación constitucional, regulándose en mayor medida el proceso legislativo, así como la configuración institucional de la Administración y sus mecanismos de control. Por otro lado, sin embargo, los textos constitucionales no incorporan prácticamente referencias a los instrumentos de intervención pública en la economía: éstos habían sido objeto inicialmente de una habilitación general dejándose en manos de los poderes públicos, pero quedan ahora intensamente limitados, en virtud del reconocimiento constitucional fortalecido de los derechos económicos.

El proceso posterior de modernización de las constituciones traduce un mayor reflejo de estas modificaciones institucionales, recogiendo la organización de los diversos órganos e instituciones administrativas y su relación con los restantes poderes del Estado. El aumento de las funciones administrativas que se produce en el Estado social, que no se reducen a tareas de policía sino que se amplían a actuaciones de fomento, prestación y de servicio público, da lugar a una mayor regulación constitucional de estos órganos, tanto en sus elementos organizativos como en el encuadre y orientación de su actuación. Así se refleja, por ejemplo, en el Instrumento de Gobierno de Suecia, donde la Administración se regula en el Capítulo 12, estableciéndose su especial relación con el Gobierno (art. 12:1), y su autonomía en la valoración de asuntos individuales (art. 12:2); así como en la Constitución finlandesa, que contempla la organización administrativa en su Capítulo 11, estableciendo la existencia de una Administración central formada por agencias, instituciones y otros cuerpos al lado de los Ministerios y del Gobierno (art. 119), y remitiendo a la ley el establecimiento de los principios que rigen la Administración estatal (art. 119)<sup>137</sup>.

Ello se complementa, por otra parte, con el establecimiento de los medios de control de la actividad administrativa, que obtienen una amplia presencia en las constituciones nórdicas. Se

---

subsistencia, la obtención de la subsistencia básica en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, vejez, paternidad y orfandad, así como la obligación pública de garantizar a todos servicios sociales y sanitarios adecuados y de apoyar a las familias, y de promover el derecho a la vivienda (art. 19); y el derecho al medio ambiente (art. 20). Véase TUORI, Kaarlo; "Rights, Democracy and Local Self-governance: Social Rights in the Constitution of Finland", en *Juridica International*, núm. XIII, 2007, p. 72 y ss.

<sup>137</sup> Sólo las constituciones noruega y danesa contienen una más escueta regulación de la Administración, siendo éstos los textos más antiguos y no recogiendo por tanto con tal intensidad estos elementos. La Constitución danesa regula únicamente el procedimiento de nominación y la responsabilidad de los empleados públicos en el capítulo dedicado al Gobierno y al Monarca (arts. 16 y 27). La Constitución noruega, por su parte, hace referencia ampliamente al ejercicio del poder ejecutivo por el Monarca y el Gobierno, pero únicamente contempla en relación con la Administración la posibilidad de nombrar secretarios de Estado que asistan a los miembros del gabinete ejecutivo, y que quedan por tanto subordinados a ellos (art. 14).

establecen, en concreto, la sujeción de la actuación administrativa al control judicial en todos sus aspectos (art. 63 Constitución de Dinamarca), los órganos judiciales a los que corresponde este control (art. 11:1 Instrumento de Gobierno de Suecia), y los parámetros utilizados en el control de legalidad (art. 106 Constitución de Finlandia), determinando así en mayor medida los elementos del control jurídico de la actividad administrativa. A ello se añade la previsión, en todos los textos, de una serie de instituciones administrativas –Ombudsman parlamentario, Canciller de Justicia- a las que se atribuye una forma particular de fiscalización de la Administración que resulta especialmente relevante en materia social (arts. 12:1 y 13:6 Instrumento de Gobierno de Suecia, art. 55 Constitución de Dinamarca, arts. 108 y siguientes Constitución de Finlandia).

Por el contrario, la progresiva constitucionalización de los sistemas nórdicos no ha supuesto, de forma paralela, una previsión extensa a nivel fundamental de los instrumentos de intervención pública en la economía, que se habían utilizado ampliamente por los poderes públicos con anterioridad. Los acuerdos fundadores iniciales supusieron, en este ámbito, una habilitación general a la utilización de dichos instrumentos, atribuyendo al legislador la entera configuración del orden social y económico, sin límite material alguno que dificultara su aplicación. Las posteriores reformas constitucionales no han supuesto, sin embargo, una regulación extensa de dichos instrumentos: se reconocen, de forma indirecta, los instrumentos reguladores de la economía, a través de la previsión del procedimiento legislativo<sup>138</sup>, y se establecen algunos principios que muestran una cierta aceptación de los instrumentos de intervención administrativa, autorizando la creación de empresas públicas (art. 9:9 Instrumento de Gobierno sueco), y la adquisición de empresas privadas en ciertos casos (art. 92 Constitución finlandesa), así como permitiendo la transmisión de funciones administrativas a sujetos privados (art. 12:4 Instrumento de Gobierno sueco, art. 124 Constitución finlandesa). Más allá de ello no existe, no obstante, una “constitución económica” que se inserte en los textos fundamentales nórdicos, lo que matiza en gran medida la habilitación general inicial para la utilización de estos instrumentos: la presencia a nivel fundamental de unos derechos económicos de fuerte contenido individual supone una cierta limitación de estos instrumentos, que no quedan reconocidos con la misma fuerza a nivel constitucional.

---

<sup>138</sup> Véanse, a este respecto, el Capítulo 3 del Instrumento de Gobierno sueco, así como la Ley 1974:153 del Parlamento; el Capítulo 4 de la Constitución finlandesa, la parte V de la Constitución danesa, así como los artículos 76 y siguientes de la Constitución noruega.

La evolución constitucional de los estados nórdicos tiene, por tanto, en relación con el pacto constitutivo del Estado social, consecuencias diversas. Si por un lado se produce un cierto desplazamiento de estos estados hacia un mayor discurso de los derechos, garantizando la protección del individuo, ello parece estar circunscrito al ámbito de los derechos económicos, quedando los elementos sociales excluidos de esta garantía. Lo mismo ocurre, en relación con los elementos formales, en cuanto al establecimiento de los instrumentos de intervención económica de los que goza el Estado: su breve reconocimiento a nivel fundamental denota una menor capacidad de intervención del poder público, que pierde así la habilitación general existente anteriormente. Esta evolución, como se verá, no merma absolutamente la capacidad de los estados nórdicos de mantener las estructuras del Estado social, pero sí muestra un cambio de mentalidad subyacente, especialmente acusado en los últimos desarrollos de esta forma de Estado.

## **SECCIÓN II. ELEMENTOS SUSTANTIVOS DEL MODELO NÓRDICO DE ESTADO SOCIAL**

Junto a los caracteres propios de su articulación jurídica, el modelo nórdico de Estado social se basa en ciertos principios materiales que subyacen a la construcción del sistema y determinan el contenido de la configuración social. Si estos elementos no se hallaban, al menos inicialmente, expresamente reconocidos en las constituciones, se desprenden en gran medida de la legislación articulada y de su concreción política en los distintos programas de reforma de la socialdemocracia, dando lugar a un reconocimiento y régimen jurídico específico de los demás elementos materiales. La concepción de la igualdad real como principio que implica la protección general del individuo frente al mercado, en la medida determinada por el legislador (Sección A), conduce a un reconocimiento de los derechos sociales realizado también por ley con características especiales (Sección B), y da lugar asimismo a un reconocimiento particular de los derechos económicos (Sección C).

### **A. Los principios sustantivos subyacentes al modelo nórdico**

El establecimiento del Estado social nórdico al margen de las constituciones implica la ausencia, al menos inicialmente, de disposiciones que establecieran los principios generales de valor que debía seguir el Estado en su actuación. Ello tiene lógica, como se vio, si se piensa en el particular constitucionalismo nórdico y en la ausencia de recepción en estos estados de una teoría de la Constitución como norma valorativa, que incluya en su seno

principios normativos de valor como sucede en las constituciones continentales. Sin embargo, existen en el modelo nórdico ciertos principios axiológicos que motivan también la fundación de este Estado, y que orientan, siquiera políticamente, la actuación legislativa (apartado i). En especial, como se verá, el principio de igualdad real, codificado posteriormente en las constituciones continentales, aparece ya en el momento formativo del modelo nórdico como elemento determinante de su construcción legislativa, con un contenido particular de protección frente al libre mercado (apartado ii).

### **i. La existencia de principios de valor subyacentes al modelo nórdico**

En el momento de formación y expansión del modelo nórdico de Estado social, las constituciones escandinavas no contenían principios generales que establecieran los elementos valorativos o axiológicos que debían orientar la acción del poder público. Como se ha visto, la concepción de la Constitución en estos estados no permitía una determinación positiva de elementos sustantivos, ni ello se consideraba necesario para su garantía. Si posteriormente se ha producido un cierto establecimiento a nivel fundamental de algunos de estos principios generales, ello se ha dado de forma fragmentada e incompleta, no alcanzando éstos una elaboración jurídica equiparable a la de los estados continentales. Los principios de valor que orientan el modelo nórdico deben buscarse, por tanto, en el ámbito político, si bien su expresión se traduce también al ámbito jurídico: la legislación y normativa social aprobada en estos estados supone la plasmación de estos principios generales, concretados en las distintas esferas que son objeto de la configuración social.

Los principios generales valorativos se desprenden inicialmente, en los estados nórdicos, de los acuerdos políticos y sindicales que constituyen el acto fundacional del Estado social. La voluntad de las fuerzas representativas mayoritarias de modernización y mejora de la sociedad se plasma en los pactos iniciales del Estado social, que implican el establecimiento de ciertos elementos valorativos: en el ámbito laboral, se opta por reconocer y promover la igualdad entre las partes del mercado laboral, atribuyendo al sujeto más débil instrumentos para afrontar el conflicto social; fuera de esta esfera, los acuerdos políticos alcanzados suponen una opción por la igualdad real de todos los individuos –también, como se vio, del campesinado–, que debía realizarse mejorando las condiciones de vida de todos ellos a través del trabajo y de la atribución de derechos sociales que cubrieran sus necesidades.

Así se refleja en las doctrinas que propiciaron la adopción de estos acuerdos, y que subyacían al pensamiento socialdemócrata que dominó durante largo tiempo la esfera política. La cuestión de la población, denunciada en Dinamarca y en Suecia por diversos autores,

constituye la base sobre la que se establece el pensamiento socialista del período de entreguerras, en un intento de realizar una transformación completa de la sociedad que implicó tanto la sujeción del mercado al poder público, como la creación de una estructura de gasto público que proveía a todos los ciudadanos los servicios esenciales, potenciando y orientando la economía y dando solución al problema del desempleo<sup>139</sup>.

El pensamiento socialdemócrata, formado sobre una cierta inspiración cristiana y con una base de amplios movimientos sociales y populares que conducen a una activa sociedad civil, concibe el individuo en un contexto determinado por múltiples problemas sociales, y propugna así la realización de un proyecto social común como vía de emancipación y compleción de cada sujeto. Ello implica la articulación de un programa político que se basa precisamente en la construcción de un contexto social mejor, con el fin de atribuir a cada uno posibilidades reales de realizarse en su relación con otros individuos, especialmente a través del mercado. Los principios de igualdad y de libertad reales pueden apreciarse, pues, como elementos subyacentes a las políticas emprendidas por los sucesivos gobiernos: la reforma social que se pone en marcha a través de políticas laborales, de un sistema de imposición progresiva, y de la activación de la productividad y del trabajo se dirigen a proporcionar al conjunto de los individuos iguales oportunidades en su realización personal, mejorando la situación global de la sociedad y asegurando a todos una cierta libertad e igualdad real.

Así se refleja, de hecho, en la legislación aprobada en estos estados en el período de mayor expansión del Estado social, y en los trabajos preparatorios de esta normativa, que revelan los principios que inspiran las leyes sociales. La legislación sobre pensiones, por ejemplo, adoptada en sucesivas leyes hasta 1946 en Suecia y hasta 1956 en Dinamarca, suponía la atribución a todas las personas de una pensión independientemente de su contribución, en un afán por realizar un cierto nivel de igualdad entre todos los sujetos de la comunidad nacional<sup>140</sup>. También la legislación sobre salud o el sistema educativo supone la instauración de servicios para todas las personas, de acuerdo con las necesidades que

---

<sup>139</sup> Especialmente influyentes a este respecto fueron las ideas expresadas por Gustav y Alva MYRDAL en su obra *Kris i befolkningsfrågan* (1934), y por STEINCKE en la obra *Fremtidens Forsøgelsesvaesen* (1920).

<sup>140</sup> Véanse en Suecia la Ley 1913:120-122 de pensiones, y la Ley 1946:431, sobre pensiones. En Dinamarca la Ley de pensiones de 1956. Ya desde su formación inicial, la legislación sobre pensiones supuso sustraer este ámbito de la legislación de ayuda a la pobreza, así como de los seguros sociales, estableciéndose como sistema universal para todos los ciudadanos. Véase CHRISTIANSEN, Niels Finn; PETERSEN, Klaus; "The Dynamics of Social Solidarity: The Danish Welfare State, 1900-2000", en *Scandinavian Journal of History*, vol. 23, núm. 3, p. 179 y ss.

necesitaban ser cubiertas para su integración real en la sociedad<sup>141</sup>: de acuerdo con los trabajos preparatorios de la Ley sueca 1982:763 de Salud y Servicios Médicos, por ejemplo, la nueva regulación del sistema de salud debía tender a realizar un servicio médico de calidad igual para toda la población, y a establecer la posibilidad para todos de participar en iguales condiciones en los cuidados médicos definidos<sup>142</sup>. Incluso la legislación sobre desempleo se elabora siguiendo este mismo principio: según se afirma en los trabajos preparatorios, ésta tiene la finalidad de asegurar la subsistencia a todas las personas, garantizándoles un cierto nivel de prestación pero incentivando, al mismo tiempo, su participación en el mercado laboral como medio para alcanzar una plena igualdad<sup>143</sup>.

La legislación y normativa social sigue, por tanto, la realización de determinados principios de valor que surgen del pensamiento político dominante en la época. Si estos no constituyen, evidentemente, principios constitucionales materiales que orienten normativamente la acción del legislador como ocurre en los estados continentales, su emanación como valores políticos se traduce posteriormente a la esfera jurídica, influenciando la elaboración de las leyes a través del dominio del órgano democrático que adquiere esta corriente política. El largo período de expansión de este pensamiento, y su penetración en la sociedad incluso más allá del propio partido que lo propugnaba, puede llevar a considerar estos principios como elementos que adquieren para la población apariencia de juridicidad, convirtiéndose en una suerte de “costumbre constitucional” que adquiere casi una fuerza normativa: su prevalencia fáctica en la esfera política y social convierte estos principios en una especie de dogma que identifica a las sociedades nórdicas, hasta el punto de convertirse en un elemento identitario al que ningún sector quiere renunciar<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> Véanse en Suecia la Ley 1985:1100 de Educación, cuya regulación se completa con el Reglamento 1994:1194 sobre Educación básica y el Reglamento 1992:394 sobre Educación secundaria; y la Ley 1982:763 de Salud y Servicios Médicos, que constituye la regulación central del sistema de salud y se encamina al “aseguramiento a toda la población de una buena salud y de atención en condiciones de igualdad”, que deberá prestarse “con respeto a la igual dignidad de todas las personas y a la dignidad del individuo” (art. 1:2).

<sup>142</sup> Véase Prop. 1981/82:97, p. 22.

<sup>143</sup> Véase la Ley sueca 1997:238 de Seguro por Desempleo, donde se establece un sistema de prestación básica de desempleo, aplicable a todas las personas sin empleo y a los estudiantes; que se combina con una prestación proporcional a los ingresos anteriores, para aquellas personas que pertenezcan a una caja de seguro de desempleo. Este sistema buscaba, según los trabajos preparatorios, asegurar un cierto nivel de vida igual a todas las personas e incentivar al mismo tiempo al trabajo (véase la Prop. 1996/97:107, p. 114 y ss.

<sup>144</sup> Puede hablarse, en este sentido, de una cierta “fuerza normativa de los hechos”, en la medida en que la construcción continuada de este modelo de acuerdo con unos mismos principios produce en la población un sentimiento de juridicidad y de sujeción a los mismos. JELLINEK, Georg; *Teoría general del Estado*, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1973, p. 254 y ss.

La inserción posterior de algunos de estos principios en las constituciones escandinavas no ha comportado, no obstante, grandes modificaciones en este modelo. Si las normas constitucionales aceptan con facilidad el establecimiento de principios de carácter formal – piénsese en el principio de legalidad, el principio de publicidad, o el principio de soberanía popular-, los principios que establecen valores materiales tienen una más reducida acogida, y un carácter normativo casi nulo cuando son establecidos. Así, por ejemplo, el Instrumento de Gobierno sueco prevé en su primer Capítulo una serie de principios fundamentales del Estado, entre los que se hallan la obligación de ejercer el poder público con respeto hacia el valor igual de todos los individuos y hacia la libertad individual de la persona (art. 1:2); así como la obligación de promover la oportunidad de todos de obtener participación e igualdad en la sociedad (art. 1:2). Pero estos principios no tienen, según la doctrina, un valor normativo que imponga al Estado obligaciones concretas, sino que constituyen únicamente normas programáticas, que señalan al poder público ciertos objetivos<sup>145</sup>.

Los principios generales de valor tienen por tanto, en los estados nórdicos, una naturaleza eminentemente política. Si bien adquieren una cierta traducción en el conjunto de la legislación social y se reflejan también en algunas disposiciones constitucionales, su significado jurídico como principios normativos es escaso y no ha tenido una teorización doctrinal ni una utilización jurisprudencial extensa. La virtualidad de estos principios, que subyacen al modelo nórdico, reside en su vehiculación como elementos de consenso en la sociedad: su fuerza se sitúa por tanto, no en su valor jurídico, sino en su valor democrático, cuya intensidad depende de su consideración como elementos esenciales por la población.

## **ii. El principio de igualdad real como objetivo central de la configuración social**

A pesar de no hallarse establecido expresamente en las constituciones nórdicas, el principio de igualdad real constituye el elemento sustantivo que inspira toda la construcción social de los estados escandinavos. Su extracción del discurso político socialdemócrata, que obtiene plasmación jurídica únicamente a través de la legislación social concreta de estos estados, conlleva que este principio no haya tenido una amplia teorización jurídica como elemento normativo en los ordenamientos nórdicos, y que su significado deba extraerse, a diferencia de lo que ocurre en los estados continentales, por una vía indirecta que constituye su representación en los trabajos doctrinales, y en la concepción del sistema social y de los

---

<sup>145</sup> Así lo consideran los autores más importantes de la doctrina sueca. Véase STRÖMBERG, Håkan; *Sveriges författning*, Studentlitteratur, Lund, 2001 (17 ed), p. 15; NERGELIUS, Joakim; *Svensk statsrätt*, Studentlitteratur, Lund, 2006, p. 116; HOLMBERG, Erik; STJERNQUIST, Nils; *Vår författning*, 2003, Norstedts Juridik, Stockholm, p. 51.

derechos sociales, de los que se desprende la realización de la igualdad real como elemento valorativo.

El reconocimiento del principio de igualdad en las constituciones escandinavas sigue, como se ha visto para otros elementos, un proceso inverso al de los estados continentales. Si inicialmente este principio no aparece en las constituciones nórdicas, estando aceptada toda actividad de configuración legislativa para la realización de la igualdad real como objetivo político socialdemócrata, posteriormente el principio sería recogido en algunas constituciones escandinavas en su vertiente formal, garantizando la igualdad de trato de todos los sujetos ante la ley y estableciéndose ciertas prohibiciones de discriminación que limitan la actividad legislativa. Actualmente, por tanto, el principio de igualdad aparece reconocido en algunas constituciones escandinavas: en Suecia, el Instrumento de Gobierno contiene una obligación de promocionar la oportunidad de todos de obtener participación e igualdad en la sociedad (art. 1:2)<sup>146</sup>, establece el principio de igualdad ante la ley (art. 1:9), y recoge la prohibición de discriminación por razones de origen étnico, color u orientación sexual (art. 2:12), y por razones de sexo, permitiendo en este ámbito actuaciones de discriminación positiva (art. 2:13); en Finlandia, la Constitución establece un principio general de igualdad ante la ley (art. 6.1), recogiendo una prohibición de discriminación por diversas razones (art. 6.2), y previendo una obligación positiva de promover la igualdad entre sexos en la actividad social y en el ámbito laboral (art. 6.4)<sup>147</sup>.

Más allá de estas recientes disposiciones, que reflejan la importancia en estos estados de la realización de la igualdad real –en especial, por las prohibiciones de discriminación y las obligaciones de promoción establecidas-, el contenido de este principio no se fija normativamente, sino que se desprende de la actuación de los poderes públicos, ampliamente dispuestos, de acuerdo con la visión nórdica de la sociedad, a la realización de una configuración social orientada a este valor. La realización de esta igualdad no deriva, pues, de la norma constitucional, sino que se transfiere por completo al legislador y a la

---

<sup>146</sup> Como ya se apuntó, los órganos judiciales no reconocen efectos jurídicos a esta disposición. Con una posición más matizada, que parece reivindicar su efecto obligatorio, NYMAN, Olle; "Regeringsformens målsättningsstadganden", *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, 1984, vol. 47, p. 298. VAHLNE WESTERHÄLL, Lotta; "La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Suède", en ILIOPOULOS-STRANGAS, Julia; *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les états membres de l'Union Europeene*, Bruylant, Nomos Verlagsgesellschaft, Bruxelles, Baden-Baden, 2000, p. 768.

<sup>147</sup> El principio de igualdad no aparece reconocido expresamente, por el contrario, en las constituciones de Noruega y Dinamarca. En Noruega, la única referencia a la igualdad concierne a la obligación de todo ciudadano a servir en la defensa del país (art. 109). En Dinamarca, la Constitución de 1953 se refiere a la igualdad en la representación de las diversas opiniones del electorado (art. 31), a la igualdad en el acceso al comercio (art. 74) y a la igualdad de derechos entre los ciudadanos de Islandia y de Dinamarca (art. 87).

reglamentación administrativa: éstos podrán determinar libremente la distinción entre las diversas situaciones en que se encuentra el individuo, y otorgar la protección que consideren adecuada a cada una de ellas, priorizando las situaciones que consideren más graves y atribuyendo un tratamiento distinto a los diversos casos de acuerdo con sus opciones políticas. La dificultad que durante largo tiempo tiene la aceptación del control de la Administración, y de su sujeción al principio de legalidad y de igualdad formal, denotan la prioridad que se otorgaba a la libre configuración administrativa –y todavía más legislativa-, y por tanto la capacidad de distinción entre las diversas situaciones por los órganos públicos, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho que condicionan a cada sujeto<sup>148</sup>.

La concepción de la igualdad real que se desprende de la actuación pública no supone no obstante, a diferencia de los países continentales, un sistema de legislación social que atienda a las necesidades de cada grupo de forma distinta, dando lugar a distintos regímenes y regulaciones para cada colectivo. Al contrario, el objetivo socialdemócrata de construcción de una sociedad inclusiva, integradora de todos los individuos, conduce a la construcción de un sistema social que no se basa en la distinción entre grupos, sino entre las situaciones en que puede hallarse el individuo dentro de un mismo esquema social, que se concibe con carácter universal y que se asienta sobre la ciudadanía y la residencia<sup>149</sup>. La igualdad real no se realiza tanto, por ello, a través de la distinción normativa según las circunstancias de los sujetos, sino que alcanza un elevado grado de consecución en la generalidad de la norma, que se aplica y contempla por igual a todos los ciudadanos: la igualdad real se persigue así a través de la atribución de derechos sociales a toda la ciudadanía, que si bien pueden variar en cuanto al nivel de prestación y condiciones de disfrute, suponen la consideración de todos los individuos dentro de un mismo esquema que los incluye como plenos ciudadanos.

La voluntad política de inclusión de todas las personas se refleja, así, en un concepto de igualdad real que determina fuertemente la construcción legislativa de un modelo social

---

<sup>148</sup> Ello ha variado en las últimas décadas. El principio de igualdad formal y no discriminación ha venido a limitar esta libertad de los órganos públicos, y ha sido ampliamente tratado recientemente por el Ombudsman parlamentario en Suecia, que incluye en él un requerimiento de objetividad (*objektivitetsprincipen*), así como un requisito de razonabilidad (*saklighet*) y de respeto a la práctica interna de las instituciones. Véase BOHLIN, Alf; WARLING-NEREP, Wiweka; *Förvaltningsrättens grunder*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2011, p. 16 y ss.

<sup>149</sup> El concepto de universalismo tiene diversas dimensiones, y puede valorarse en relación a la extensión de la cobertura de la población, en relación al modo de atribución (según si existe prueba de medios u otras condiciones de exigibilidad), o en relación al nivel de prestación obtenido. Si bien inicialmente las prestaciones se atribúan en régimen universal y en un mismo nivel para todas las personas, posteriormente se incorporan mecanismos de aseguramiento en proporción a los ingresos, que dotan a los trabajadores de mayor seguridad de su posición en la sociedad. Sobre ello, KILDAL, Nanna; KUHNLE, Stein; "The Nordic Welfare Model and the Idea of Universalism", en KILDAL, Nanna; KUHNLE, Stein; *Normative Foundations of the Welfare State*, London, New York: Routledge, 2005, p. 14 y ss.

general y universal. El objetivo político, situado, en palabras de Per Albin HANSSON, en “una transformación que elimine todas las barreras económicas y sociales, que sustituya el sentimiento de clase por el de ciudadanía, y que más allá de la igualdad formal en los derechos políticos realice condiciones de igualdad y democracia en el ámbito social y económico”<sup>150</sup>, adquiere plasmación legislativa en las diversas leyes atributivas de derechos sociales, que revelan una concepción del individuo ligado a su entorno, cuyas posibilidades de desarrollo dependen de su inserción en condiciones de igualdad real en el entorno social.

Por ello, junto a la modernización y mejora del sistema económico, que se consigue mediante el pacto entre capital y trabajo proporcionando ciertas condiciones de igualdad al colectivo obrero, la realización de la igualdad real para todos los individuos pasa por el aseguramiento de aquellos elementos esenciales para su subsistencia y desarrollo, de forma que su situación económica o sus circunstancias personales no influyan de modo determinante en la satisfacción de sus necesidades personales y familiares. Ante una situación en que la pobreza generalizada de la población era el primer problema de los estados nórdicos, y en que el retraso industrial y económico afectaba de forma grave al desarrollo de sus sociedades, la reforma social y económica implicó un compromiso por un progreso que incluyera de forma real a todos los sectores: se ofreció al capital un marco estable para la productividad, pero ello implicó al mismo tiempo la garantía a todos los individuos de su inclusión en el nuevo sistema, a través de una amplia redistribución y de la cobertura de sus necesidades básicas, ofreciéndoles iguales oportunidades de desarrollo<sup>151</sup>.

La realización de la igualdad real implica por tanto, en los países nórdicos, una actividad general de garantía de las necesidades personales, que desvincule a cada sujeto de su dependencia respecto al mercado y le ofrezca un punto de partida relativamente igual a los demás miembros de la sociedad. De acuerdo con el análisis de ESPING-ANDERSEN, es el elevado nivel de “desmercantilización” lo que caracteriza al Estado social nórdico, que viene determinado por la institucionalización de las estructuras de bienestar y la ubicación del individuo en una posición en que puede realizar sus necesidades básicas al margen del sistema económico<sup>152</sup>: éste no depende para ello de su situación social o de clase, sino que halla la

---

<sup>150</sup> La declaración del que fuera el primer Primer Ministro de un gobierno socialdemócrata en Suecia (1932) se halla citada en LEWIN, Leif; “Per Albin Hansson”, en *Svenskt Biografiskt Lexikon*, nº 87, 1969.

<sup>151</sup> Véase OLSSON HORT, Sven E.; *Social Policy and Welfare State in Sweden*, Arkiv Förlag, Studentlitteratur, Lund, 1990, p. 46 y ss. OLSSON HORT, Sven E.; “Sweden”, en FLORA, Peter; *Growth to Limits. The Western European Welfare States Since World War II*, Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1986, p. 4.

<sup>152</sup> En su clasificación de los sistemas de bienestar, la desmercantilización del individuo constituye el criterio principal que distingue el modelo nórdico respecto a otros modelos. ESPING-ANDERSEN, Gösta; *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton University Press, New Jersey, 1990, p. 48 y ss.

obtención de ciertos elementos fuera del mercado, a través de su provisión por instituciones públicas de forma gratuita o a precios reducidos, o bien mediante la obtención de prestaciones que redistribuyen la riqueza y permiten la adquisición y acceso universal a los bienes y servicios necesarios<sup>153</sup>.

Ello no implica, sin embargo, la negación del sistema de mercado como vía natural de satisfacción de las necesidades, ni supone en los estados nórdicos una reducción de su ámbito. Al contrario, la obligación del individuo de proveer para sí se sitúa en estos países en un primer plano, quedando la ayuda estatal en un nivel subsidiario. Si este principio ha estado presente, al menos a nivel teórico, durante toda la formación del Estado social, su acentuación en las últimas décadas, a través de la noción de “ciudadanía activa”, ha buscado hacer frente a una situación de crisis económica, reduciendo la dependencia de los individuos respecto al Estado e incentivando su activación y participación en el mercado laboral como vía prioritaria para la realización de sus necesidades<sup>154</sup>. El endurecimiento de ciertas condiciones para el acceso a algunas prestaciones supone, así, la aplicación a nivel positivo de un principio que era esencialmente teórico anteriormente: especialmente en el ámbito de la seguridad social, este cambio ha supuesto que la ayuda estatal actúe únicamente en el caso en que el individuo no pueda obtener los ingresos que le permitan su subsistencia, en lugar de atribuir a todos ellos prestaciones básicas universales<sup>155</sup>.

Aun así, la igualdad real sigue realizándose, en los estados nórdicos, en una combinación de vías públicas y privadas para la realización de las necesidades personales, que garantiza una cierta supervivencia al individuo al margen del mercado. Estas necesidades se han valorado de forma amplia por el poder público, de modo que la desmercantilización no se circunscribe a un estándar mínimo de condiciones que aseguren la mera subsistencia, sino que alcanza, como señala WESTERHÄLL, un nivel más amplio, que incluye todas las “necesidades sociales del individuo”, en tanto que le permitan llevar a cabo una vida digna y

---

<sup>153</sup> En este sentido, se ha señalado que la justicia social opera también como principio importante en el Estado social, corrigiendo los efectos negativos externos de la actividad económica en la situación de los individuos. Véase HYDÉN, Håkan; *Rättssociologi som rättsvetenskap*, Studentlitteratur, Lund, 2002, p. 133.

<sup>154</sup> Véase KETSCHER, Kirsten; "Contrasting Legal Concepts of Active Citizenship", en HVINDEN, Bjon; JOHANSSON, Håkan; *Citizenship in Nordic Welfare States- Dynamics of Choice, Duties and Participation in a Changing Europe*, New York: Routledge, 2007.

<sup>155</sup> En este sentido, por ejemplo, la reforma del sistema de pensiones sueco de 1998 supuso un cambio de lógica en el sistema, atribuyendo únicamente la prestación básica en el caso de que la prestación suplementaria relativa al nivel de contribución no fuera suficiente. Véase LUNDBERG, Urban; "Social Democracy Lost. The Social Democratic Party in Sweden and the Politics of Pension Reform, 1978-1998", Institute for Future Studies, Working Paper 2005:1.

obtener su plena realización en el marco de la sociedad<sup>156</sup>: ello incluye, por ejemplo, en el derecho a la asistencia social, elementos como el coste razonable por alimentación, salud e higiene, pero también el coste del periódico, el teléfono, la televisión, la vivienda, la electricidad, el desplazamiento al trabajo, así como el seguro de hogar y las cuotas por la pertenencia a un sindicato y a un fondo de desempleo<sup>157</sup>.

A pesar de que la evolución del sistema en los últimos años ha cuestionado en cierta medida la persistencia de esta concepción –esencialmente, por la reducción de los niveles de prestación y la restricción en la atribución de prestaciones y servicios-, poniendo en duda la capacidad del modelo para asegurar plenamente al individuo frente al mercado<sup>158</sup>, no cabe duda del objetivo amplio de igualdad real que inicialmente inspira este modelo, tal y como se desprende de su construcción legislativa. El carácter claramente político de este objetivo, que no halla una normativización superior fuerte ni ofrece medios de control jurídico a su realización, no empece a su plasmación jurídica en la concreción del modelo: la construcción del sistema de prestaciones y servicios públicos responde, por lo general, a esta concepción, que pretende proteger la posición de la persona frente a las desigualdades generadas por las fuerzas económicas y sociales, ofreciéndole, a través de un régimen de acceso libre e igual para todos, ciertos bienes y servicios que le aseguren las mismas oportunidades de integración y realización en la sociedad.

La inclusión de las disposiciones mencionadas en algunas constituciones no varían en gran medida el contenido de este principio, tal y como ha sido concebido en el sistema nórdico. Es cierto que se establecen algunas obligaciones de promoción de la igualdad real, habilitándose especialmente en materia de género la realización de discriminaciones positivas para la eliminación de las desigualdades históricas persistentes. Pero dichas disposiciones,

---

<sup>156</sup> El concepto de necesidades sociales se desarrolla por WESTERHÄLL, para quien el Estado social debe garantizar un mínimo amplio de elementos que permitan la plena realización del individuo en la sociedad. Sobre ello, VAHLNE WESTERHÄLL, Lotta; *Den starka statens fall? En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950-2000*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2002, p. 53. VAHLNE WESTERHÄLL, Lotta; "Rättigheter och svensk social trygghet- en rättslig analys av utvecklingen från 1950 och framåt", en VAHLNE WESTERHÄLL, Lotta; *Medborgare eller målsägare- sociala rättigheter och välfärdspolitiska dilemman*, Stockholm: Svenska kommunförbundet, 2004, p. 78.

<sup>157</sup> Véase el artículo 4.3 de la Ley sueca 2001:453 de Servicios Sociales, que enumera los elementos citados como contenido del derecho a la asistencia social.

<sup>158</sup> Las opiniones sobre la posible existencia de un retroceso en el modelo social en los últimos años son, no obstante, divergentes. Para algunos autores, el nivel de universalismo y de estratificación social mantenido implica negar el retroceso del Estado social. Para otros, la reducción en el ámbito de las prestaciones y, en especial, la reforma del sistema de pensiones de 1998 en Suecia, suponen un cambio en la filosofía subyacente al modelo que obliga a hablar de retroceso social. Sobre ello, LINDBOM, Anders; "Dismantling the Social Democratic Welfare Model?", *Scandinavian Political Studies*, vol. 24, 2001, p. 187 y ss. ROTHSTEIN, Bo; "Sweden: The Fall of the Strong State", *Scandinavian Political Studies*, vol. 29, 2006, p. 47 y ss.

que se incluyen recientemente, se adoptan por influencia del modelo continental y especialmente del Derecho de la Unión Europea, por lo que, si bien han adquirido un desarrollo importante en los últimos años<sup>159</sup>, suponen elementos extraños al modelo nórdico clásico y a su concepción de la igualdad real: la lucha contra la discriminación no ha formado parte históricamente de este modelo, que se ha centrado, más que en la paliación de la situación de grupos concretos, en el establecimiento de condiciones comunes de igualdad para todos los individuos<sup>160</sup>.

## **B. Los derechos sociales en el modelo nórdico**

La actividad de configuración y reforma de la sociedad se realiza en gran medida en los países nórdicos a través del reconocimiento de derechos sociales y del establecimiento de obligaciones de los poderes públicos respecto a los individuos. Estos derechos tienen un reconocimiento mayoritariamente legislativo y se caracterizan por una estructura jurídica propia, por la que contribuyen a la realización de la igualdad real como objetivo del sistema social. A pesar de no hallarse reconocidos ampliamente en las constituciones nórdicas (apartado i), y de tener un contenido determinado principalmente a través de la ley (apartado ii), estos derechos presentan características de titularidad (apartado iii) y de garantía singulares (apartado iv), de acuerdo con su particular estructura.

### **i. El reconocimiento de los derechos sociales y su naturaleza jurídica**

Los derechos sociales adquieren en las constituciones nórdicas, como se ha dicho, un reconocimiento reducido en comparación con los estados continentales. La garantía de estos derechos no se ha buscado, en estos países, en la norma fundamental, ni siquiera en el momento de transformación del constitucionalismo nórdico, cuando los derechos humanos han obtenido una mayor plasmación a nivel constitucional (apartado a). Los derechos sociales

---

<sup>159</sup> Así se muestra en la adopción de leyes en la materia de forma reciente. En Finlandia, se aprueba la Ley 609/1986 sobre igualdad entre mujeres y hombres; y posteriormente la Ley 21/2004 sobre no discriminación, para la implementación de las Directivas 2000/43/EC y 2000/78/EC de la Unión Europea. En Suecia, se adopta la Ley 2008:567 sobre discriminación, que supone la unificación de diversas leyes existentes anteriormente, así como la creación de un Ombudsman específico para la igualdad. En Dinamarca, se aprueba una pluralidad de leyes que establecen la igualdad de género en diferentes ámbitos (Ley n° 906, de 27 de agosto de 2006; Ley n° 1527, de 19 de diciembre de 2004; Ley n° 711, de 20 de agosto de 2002; y Ley n° 134, de 25 de febrero 1998). En Noruega, se aprueba la Ley de 29 de febrero de 2005, sobre prohibición de discriminación, si bien la unificación de diversas leyes dispersas en materia de igualdad no ha sido todavía realizada.

<sup>160</sup> El derecho de la no discriminación ha estado centrado tradicionalmente en el ámbito de los agentes sociales. Sólo recientemente se produce un giro hacia su inserción en el discurso de los derechos humanos. Véase sobre ello NOUSIAINEN, Kevät; "Gender Equality and Anti-Discrimination Law, Equality Bodies, Equality Planning and Cooperation in Equality Matters in Finland", University of Turku, 2011, p. 2.

han seguido considerándose como elementos pertenecientes al ámbito político, en una argumentación similar a la que adoptan ciertos sectores en los estados continentales. Su reconocimiento legislativo se ha dado, por el contrario, de forma amplia, adquiriendo no obstante estas entidades diversas estructuras y formas jurídicas (apartado b).

*a) Un reconocimiento constitucional reducido*

El reconocimiento de los derechos sociales en las constituciones escandinavas se produce de forma muy limitada. Como se ha visto, el Estado social nórdico no se construye inicialmente sobre una garantía constitucional de sus elementos, quedando la Constitución considerada durante largo tiempo como documento privado de valor normativo, por lo que la articulación del sistema social no adquirió reflejo en estas normas, estableciéndose sus contenidos clásicos a nivel legislativo y reglamentario. Pero incluso cuando se inicia en estos estados un movimiento hacia una mayor constitucionalización, adoptándose nuevas normas fundamentales y reformando las anteriores, los derechos y elementos sociales no adquieren una presencia amplia en estos nuevos textos: si este movimiento implica, por la influencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Derecho de la Unión Europea, una progresiva aceptación y un mayor reconocimiento de los derechos constitucionales civiles y políticos, los derechos sociales quedarán excluidos de esta nueva concepción, considerándose elementos pertenecientes al ámbito del legislador.

La modernización y reforma de las constituciones escandinavas, a pesar de reconocer nuevos catálogos de derechos y de fortalecer el control de constitucionalidad y las garantías judiciales de los mismos, no produce un amplio reconocimiento de los derechos sociales a nivel fundamental, debido a la fuerte oposición que generó su establecimiento estático en estas normas, sustrayéndolos a la decisión del legislador. Especialmente significativo es, a este respecto, el debate que se produjo en Suecia en el momento de la adopción de un Instrumento de Gobierno (1974) que introdujera por primera vez una declaración de derechos: las amplias reticencias de la doctrina jurídica respecto a la inclusión de los derechos sociales en este catálogo, fundadas en argumentos muy similares a los que aduce la doctrina continental a este respecto, conllevaron la exclusión casi absoluta de estos derechos en el texto fundamental, por las dificultades que se veían en su imposición normativa al legislador.

En efecto, los argumentos relativos a las posibilidades de limitación de la actividad parlamentaria desde la Constitución jugaron un papel importante en la negación del reconocimiento constitucional a los derechos sociales. En Suecia, el sector mayoritario de la doctrina se posicionó en un sentido contrario a la regulación de los derechos sociales en la ley

fundamental, considerando que sus características normativas y naturaleza jurídica no se adecuaban a su reconocimiento constitucional. Según STRÖMBERG y NYMAN, por ejemplo, un derecho debe poder aplicarse por un Tribunal según su contenido constitucional, de forma que la indeterminación de este contenido dificulta su efectividad ante la jurisdicción, causando ciertos defectos en los efectos jurídicos de los derechos constitucionales que pueden resultar en un deterioro del respeto y la confianza de los ciudadanos hacia la ley fundamental<sup>161</sup>. Para STRÖMHOLM, las normas que reconocen derechos sociales representan elementos externos al contenido natural de una ley fundamental, que debe ceñirse a las normas que regulan la forma y la estructura del ejercicio de poder público, siendo la ley ordinaria el lugar natural para la regulación de los derechos sociales<sup>162</sup>. Asimismo, se aduce que los derechos sociales presentan una fuerte dependencia con respecto a los recursos económicos del Estado, de modo que la determinación concreta del nivel de prestación para el individuo debe darse a través de la ley, de acuerdo con las condiciones económicas existentes en cada momento<sup>163</sup>. Por ello, aunque esta garantía constitucional fuera posible desde el punto de vista técnico, se considera que el reconocimiento de derechos sociales en la Constitución no aporta una protección adicional al individuo: su determinación concreta corresponde al legislador, por lo que las disposiciones constitucionales sobre esta materia se consideran innecesarias<sup>164</sup>.

Es cierto que también en este debate existieron en la doctrina posiciones contrarias, favorables al reconocimiento constitucional de los derechos sociales, o bien más matizadas, aceptando una regulación con características distintas. Para WESTERHÄLL, por ejemplo, las opiniones contrarias a esta regulación se basaban en una concepción de los derechos sociales como derechos subjetivos clásicos, implicando una necesaria facultad de exigibilidad judicial difícilmente aplicable a este tipo de derechos, que deberían tener otro tipo de reconocimiento constitucional<sup>165</sup>. Según NERGELIUS, los derechos sociales pueden ser establecidos en la ley

---

<sup>161</sup> Véase STRÖMBERG, Håkan; *Sveriges författning*, op. cit., 2001, p. 16. NYMAN, Olle; "The New Swedish Constitution", en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 26, 1982, p. 177.

<sup>162</sup> Véase STRÖMHOLM, Stig; *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, Norstedts Juridik, Uppsala, 1996 (5 ed.), p. 264. En un sentido similar, ARNÁSON, Agust T.; "The Good State or the Constitutional Innocents of the Nordic Societies", op. cit., 2008, p. 159.

<sup>163</sup> En este sentido, STRÖMBERG, Håkan; *Sveriges författning*, op. cit., 2001, p. 16.

<sup>164</sup> En este sentido, la respuesta del Ombudsman parlamentario y del Tribunal de Apelación del Oeste de Suecia a la consulta de la Comisión sobre Derechos y Libertades (1973) que preparaba el nuevo Instrumento de Gobierno.

<sup>165</sup> Véase VAHLNE WESTERHÄLL, Lotta; "Legal Right to Social Security Benefits- A Functional and Constructive Analysis", en VAN LANGEDONCK, Jef; *The Right to Social Security*, Antwerpen-Oxford:

fundamental, si bien no cabe atribuirles el mismo *status* constitucional que a los derechos civiles y políticos, dada su dependencia respecto a los recursos económicos públicos<sup>166</sup>. Todavía más allá, otros autores apuntaron que los derechos sociales constitucionales pueden ser exigibles y que, aunque el control de su aplicación es principalmente de naturaleza política, se le puede dar un significado jurídico, constituyendo éstos parámetros de constitucionalidad y elementos de interpretación de otras normas jurídicas<sup>167</sup>.

Sin embargo, estas opciones no han sido acogidas de forma general en los estados nórdicos, manteniéndose la doctrina mayoritariamente reticente a un reconocimiento constitucional de los derechos sociales en el que se ven grandes dificultades y pocas ventajas. Dejando a parte el caso de Finlandia, donde se ha producido recientemente una gran aproximación al modelo continental, optándose por un reconocimiento relativamente amplio de derechos sociales a través de la reforma constitucional de 2000<sup>168</sup>, los demás estados contemplan a nivel fundamental pocos derechos de esta índole, y cuando lo hacen les atribuyen un efecto jurídico matizado y unas garantías no demasiado claras: se reconocen, de forma relativamente amplia, los derechos relativos al conflicto laboral, como el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 2:14 del Instrumento de Gobierno de Suecia), el derecho de codeterminación (art. 110 Constitución noruega), y el derecho al trabajo (art. 110 Constitución noruega, art. 75.1 Constitución danesa), remitiéndose su contenido a la ley; y se prevén también algunos derechos relativos a los servicios públicos, como el derecho a la educación (art. 2:18 Instrumento de Gobierno de Suecia, art. 76 Constitución de Dinamarca), y el derecho a la asistencia pública (art. 75.2 Constitución de Dinamarca).

---

Intersentia, 2007. VAHLNE WESTERHÄLL, Lotta; "Rättigheter som grund för social trygghet", *Retfaerd*, 1996, p. 34.

<sup>166</sup> NERGELIUS, Joakim; *Konstitutionellt rättighetsskydd. Svenskt rätt i ett komparativt perspektiv*, Fritzes, Stockholm, 1996, p. 53.

<sup>167</sup> En este sentido, PETRÉN, Gustaf; RAGNEMALM, Hans; *Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar*, Institut för offentlig och internationell rätt, Stockholm, 1980, p. 20. NORD, Lars; "Juridik och politik- om juristers syn på sociala rättigheters grundlagsställning", en GUNNER, Göran; SPILIOPOULOU, Sia; *Mänskliga rättigheter- aktuella forskningsfragor*, Uppsala: Iustus Förlag, 2001, p. 54.

<sup>168</sup> Las razones de este distinto desarrollo en Finlandia se sitúan en el temor a que el país cayera en el bloque soviético, y en una menor influencia del realismo escandinavo. Ello dio lugar al desarrollo de un cierto movimiento constitucional en particular en torno a la protección de los derechos de propiedad, sobre la base del artículo 6 de la Constitución de 1919. Aun así, este movimiento no sería igual al de los estados continentales, viéndose prohibido en Finlandia el control de constitucionalidad hasta el año 2000. Véase SCHEININ, Martin; "Protection of the Right to Housing in Finland", en LECKIE, Scott; *National Perspectives on Housing Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2003, p. 241 y ss.

### *b) Un reconocimiento legislativo en diversas formas*

La regulación mayoritaria de los derechos sociales se encuentra en los estados nórdicos a nivel legislativo y reglamentario. La importancia que adquiere el principio democrático en estos estados, que reconocen ampliamente y de forma continuada el sufragio y la participación a todos los ciudadanos, junto con el gobierno largamente sostenido de los partidos socialdemócratas, conducen a una situación en que la legislación social adquiere una expansión inusitada, entrando en la regulación de todas las esferas de la sociedad y estableciendo múltiples leyes y normativas a través de las que se articulan las sucesivas reformas. Esta expansión de la regulación social, extendida asimismo al ámbito administrativo, tendrá no obstante caracteres particulares en cuanto al establecimiento de derechos sociales: por un lado, porque no siempre los elementos sociales se establecen en forma de derechos individuales; por otro lado, porque la elevada producción legislativa y la rigidez del proceso parlamentario dará lugar a nuevas formas de legislación, que intentarán escapar al procedimiento legislativo clásico, remitiendo a la Administración gran parte de su contenido.

La regulación del sistema social a través de la ley constituye una evidencia en todos los estados escandinavos. En Suecia, por ejemplo, dos grandes leyes regulan el conjunto del sistema de seguridad social –Ley 1962:381 de Seguro General y Ley 1999:799 de Seguridad Social<sup>169</sup>–, y la regulación de los principales servicios públicos se ha realizado asimismo a través de diversas leyes y reglamentos: por ejemplo, la Ley 2001:453 de Servicios Sociales y el Reglamento 2001:937 sobre Servicios Sociales; la Ley 1993:387 sobre Apoyo y Servicio a Ciertos Discapacitados; la Ley 1985:1100 de Educación, el Reglamento 1994:1194 sobre Educación básica y el Reglamento 1992:394 sobre Educación secundaria; y la Ley 1982:763 de Salud y Servicios Médicos, que se complementa con la Ley 1998:531 sobre Actividad Profesional en el Ámbito de la Salud y Atención Sanitaria. Si no existe, en estos estados, una reserva de ley general en materia social –las constituciones reservan a la ley únicamente las intervenciones que tienen consecuencias negativas sobre el individuo<sup>170</sup>–, la relevancia que

---

<sup>169</sup> Otras prestaciones de seguridad social se establecen en la Ley 1976:380 sobre Seguro de Accidente Laboral, la Ley 1998:674 sobre Pensión Relativa a los Ingresos y la Ley 1998:702 sobre Pensión de Garantía, la Ley 1997:238 de Seguro por Desempleo, la Ley 1998:703 sobre sobre Compensación por Discapacidad y de Ayuda al Cuidado de Hijos Dependientes, la Ley 2000:461 sobre Pensión de Supervivientes y Apoyo a Menores Supervivientes, y la Ley 2001:761 sobre Prestación Suplementaria por Vivienda a Pensionistas.

<sup>170</sup> El Instrumento de Gobierno de Suecia, por ejemplo, reserva a la ley, en materia de Derecho público, únicamente “las disposiciones que afecten a las relaciones entre particulares y poderes públicos, siempre que establezcan obligaciones sobre los particulares o que supongan una intervención en las relaciones personales o económicas de los individuos” (art. 8:2.2). Ello ha sido interpretado de forma estricta, considerándose incluidas

tiene esta materia en la sociedad ha propiciado una amplia regulación legislativa, asumiendo el Parlamento la función principal de regulación.

Esta regulación de la actuación pública en el ámbito social, sin embargo, no implica siempre la atribución de derechos subjetivos a los individuos tal y como éstos se entienden en la doctrina continental. Las particularidades de los sistemas escandinavos, ampliamente influenciados por el realismo jurídico, y en los que el consenso alrededor de los elementos sociales configuró un poder público abierto y dispuesto a la realización de actividades prestacionales y de servicio, han conducido a una legislación en que la atribución de estos contenidos en forma de derechos, con los correspondientes medios de exigibilidad, no se ha percibido como necesaria, estando ya éstos garantizados por la propia actuación pública de forma natural. El propio concepto de derecho denota, en estos estados, una concepción más flexible y amplia en cuanto a su estructura y garantías: el derecho no constituye únicamente una relación bilateral de exigibilidad entre dos sujetos, sino que se considera como una construcción abierta, formada por “un complejo de libertades, pretensiones, poderes, cualificaciones jurídicas, normas de comportamiento y hasta principios éticos que se encuentran unidos en una misma entidad”<sup>171</sup>, no implicando siempre necesariamente medios de exigibilidad judicial que aseguren al individuo su reclamación.

En esta perspectiva, los derechos sociales se establecen como derechos en un sentido amplio, en tanto que nexo lingüístico que se utiliza como elemento de unión entre determinados hechos jurídicamente relevantes –una serie de condiciones establecidas en la norma- y las consecuencias jurídicas que generan<sup>172</sup>. La consideración de estas entidades jurídicas como derechos no parte en estos ordenamientos de la exigencia de una determinada estructura en su regulación –es suficiente el establecimiento de una relación jurídica entre dos partes-, sino que halla su fundamento en la atribución al individuo de una expectativa que le pertenece en tanto que persona, y que no está sujeta, por tanto, a la voluntad discrecional del poder público que la aplica. El derecho en el ámbito social se encuentra así, más allá de la forma en que esté regulado, en el reconocimiento al individuo de ciertas expectativas que le

---

únicamente aquellas disposiciones que impliquen para el individuo una obligación de soportar una acción o una intervención en su esfera privada, es decir, que sean desfavorables a la posición del individuo, lo que excluye por lo general a los derechos sociales. Véase STRÖMBERG, Håkan; *Normgivningsmakten enligt 1974års regeringsform*, Juristförlaget, Lund, 1999 (13 ed.), p. 75.

<sup>171</sup> VAHLNE WESTERHÄLL, Lotta; "Legal Right to Social Security Benefits- A Functional and Constructive Analysis", *op. cit.*, 2007.

<sup>172</sup> VAHLNE WESTERHÄLL, Lotta; "Rights, Obligations and Sanctions in Social Law", en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 32, 1988, p. 246.

pertenecen en tanto que persona<sup>173</sup>: la mayor o menor garantía o exigibilidad concreta de estos derechos queda en un segundo plano, siendo su consideración como expectativas ligadas a la dignidad humana lo que determina su condición de derechos.

El concepto de derecho se transforma así en un concepto material, que depende de su contenido, independientemente de la estructura formal que se le atribuya. La construcción del poder público en estos Estados, cuya ruptura con el esquema de poder absoluto se produce de forma progresiva y pacífica, sigue una vía distinta a la construcción continental de los derechos subjetivos, no adquiriendo estas estructuras jurídicas la importancia protectora que logran en el continente europeo. El pensamiento sobre los derechos se centra prioritariamente, en los sistemas nórdicos, en los derechos políticos y de participación, como derechos que se realizan a través del Estado, y que no implican por tanto una abstención del poder público sino que exigen la instauración de determinadas instituciones y procedimientos<sup>174</sup>. Ello hace más fácil, al mismo tiempo, trasladar este concepto flexible de derecho al ámbito social: el término derecho puede conectar diversos comportamientos con la expectativa individual, siendo más sencillo en estos estados relacionar en él conductas positivas de los poderes públicos, que no necesariamente implicarán una facultad de reclamación en una concepción amplia de su contenido.

Esta específica construcción del Derecho público, que no se basa en la separación entre Estado y sociedad a través de los derechos subjetivos sino en la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal, tendrá reflejo asimismo en las garantías previstas para la protección del individuo: la existencia de un derecho reconocido en la ley no implica, en los estados nórdicos, la presencia automática de un mecanismo de reclamación ante la jurisdicción en vía subjetiva, sino que la protección del individuo viene dada por la vía objetiva, analizando los Tribunales si la actuación pública contra la que se reclama ha respetado la normativa vigente<sup>175</sup>. El concepto de derecho, por tanto, no otorga tanta importancia a la exigibilidad judicial, puesto que tampoco los medios procesales existentes distinguen entre derechos reconocidos como tales y otros establecidos como obligaciones para el poder público.

---

<sup>173</sup> BECKMAN, Ludvig; "Barnkonventionen och den svenska grundlagen", en GUNNER, Göran; SILIOPOULOU ÅKERMARK, Sia; *Mänskliga rättigheter- Aktuella forskningsfrågor*, Iustus Förlag, Uppsala, 2001, p. 18.

<sup>174</sup> PETERSSON, Olof; et al.; *Democracy the Swedish Way. Report from the Democratic Audit of Sweden*, SNS Förlag, Stockholm, 1999, p. 50.

<sup>175</sup> Véase con más detalle, sobre las garantías de los derechos sociales, *infra* en este Capítulo Sección II.B.iv.

Todo ello no implica, no obstante, que no existan en la regulación legislativa nórdica derechos sociales formulados como contenidos exigibles por el titular frente a su destinatario. Todo el sistema de seguridad social, junto con la mayor parte de derechos a prestaciones económicas, se reconocen expresamente como pretensiones jurídicas que, tras el cumplimiento de determinadas condiciones, son atribuidas expresamente al sujeto titular con un nivel de concreción suficiente para ser reclamadas posteriormente ante la jurisdicción<sup>176</sup>. En el ámbito de los derechos sociales a actuaciones de servicio, en cambio, la regulación no reconoce habitualmente derechos exigibles, sino que se limita a establecer obligaciones para los poderes públicos en los distintos ámbitos: así se refleja especialmente en el ámbito de la salud, donde la legislación regula las obligaciones de los médicos y la organización del servicio, pero no reconoce derecho alguno de acceso al servicio a los particulares<sup>177</sup>.

Estos diversos modos de formulación vienen dados, en cierta medida, por el distinto nivel de concreción que puede adquirir la legislación en función de la distribución de competencias en cada ámbito entre la Administración central y los entes locales. Si los estados nórdicos se caracterizan, a diferencia de numerosos estados continentales, por una organización unitaria del poder estatal, ello se combina con la existencia de entidades locales que gozan de una amplia autonomía, y que tienen en el ámbito social importantes atribuciones en cuanto a la organización y prestación de servicios<sup>178</sup>. Esta circunstancia, unida a la elevada proliferación

---

<sup>176</sup> En Suecia, por ejemplo, la Ley 1962:381 de Seguro General establece el derecho de toda persona asegurada a una prestación por enfermedad, siempre que se cumplan las condiciones establecidas (art. 3:1), así como el derecho a la prestación por paternidad (art. 4:1) y el derecho a compensación por discapacidad (art. 7:1). En Dinamarca, la Ley nº 1084, de 13 de noviembre de 2009, sobre baja de paternidad y prestaciones en caso de nacimiento, recoge el derecho a la ausencia en el trabajo y a prestaciones de maternidad, definiendo el grupo de titulares (art. 2) y las facultades que contienen estos derechos en cada situación (art. 4 y ss).

<sup>177</sup> En Suecia, la Ley sueca 1982:763 de Salud y Servicios Médicos establece el objetivo de la Administración local de ofrecer buenos servicios médicos a su población (art. 1:3), proporcionar el tratamiento adecuado al paciente respetando sus posibilidades de elección (art. 1:3a), proveer servicios de rehabilitación (art. 1:3b), atender a aquellas personas que se encuentren en situación de necesidad (art. 1:4), crear los hospitales que sean necesarios, y organizar la atención primaria de modo que asegure el acceso de toda su población a los servicios médicos (art. 1:5), pero no formula estos contenidos como derechos exigibles en estos ámbitos por los particulares. VAHLNE WESTERHÄLL, Lotta; *Patienträttigheter*, Nerenius&Santérus Förlag, Lund, 1994, p. 23.

<sup>178</sup> En Suecia, el principio de autonomía local tiene rango constitucional, estableciéndose como elemento que debe permitir la realización de la democracia (art. 1:1 Instrumento de Gobierno), dependiendo las competencias de los entes locales de la regulación legislativa (art. 8:2.3), pero gozando éstos de ciertos poderes que derivan directamente de la Constitución, como el poder tributario (art. 14:4). Según la Ley 1991:900 del Gobierno Local, los entes locales tienen una competencia general, conforme a la cual pueden atender aquellos asuntos de interés general que estén conectados con el área propia del municipio o del condado o bien que tengan conexión con sus miembros, siempre que no correspondan al Estado, a otro municipio, a otro condado o a otro tipo de órgano (art. 2:1); y una competencia especial, que deriva de la legislación sectorial que establece obligaciones y responsabilidades para estos entes. En el ámbito social, la mayoría de leyes de servicios públicos son leyes especiales, que atribuyen a los entes locales su realización. Véase PAULSSON, Ingvar; RIBERDAHL, Curt; *Den kommunala självstyrelsen och lagen*, Kommentus, Uppsala, 1991, p. 87. BOHLIN, Alf; *Kommunalrättens grunder*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2007 (5 ed.), p. 22.

legislativa y a la complejidad que adquiere la legislación social en ciertos campos, da lugar a un tipo de legislación –denominada legislación marco– que se limita a establecer los objetivos o principios generales de una determinada materia, dejando a las autoridades administrativas –las agencias centrales y los entes locales– su concreción en cada ámbito<sup>179</sup>: la regulación por el legislador únicamente de las directrices centrales, estableciendo las obligaciones generales de los poderes públicos sin detallar sus vías de realización, garantiza a los entes locales un cierto espacio de autonomía en su concreción, propiciando por tanto su formulación, no en forma de derechos exigibles, sino en forma de obligaciones públicas de contenido general –se ha hablado incluso, en este sentido, de “cuasi-derechos”<sup>180</sup>–.

Los derechos sociales adquieren por tanto, en los estados nórdicos, múltiples formas a nivel legislativo, dependiendo su formulación de la voluntad legislativa en su reconocimiento, y de las atribuciones que en la materia tengan los entes locales, no dando siempre lugar a obligaciones exigibles. Ello produce, en algunos casos, una cierta inseguridad jurídica para el particular, que no conoce los medios de reclamación disponibles ni puede saber fácilmente el contenido de las obligaciones públicas, determinadas sucesivamente por diversos órganos. La rigidez y el carácter participativo del procedimiento legislativo, pensado inicialmente para obtener una legislación de mayor calidad, se ha revelado en cierta medida contraproducente, provocando una huida del mismo y atribuyendo la regulación de forma mayoritaria a los entes administrativos: si ello tiene una cierta lógica cuando se trata de regulaciones técnicas y especializadas, produce al mismo tiempo una reducción del proceso político, disminuyendo el debate público y sustituyéndolo por una elevada burocratización que ha sido ampliamente criticada<sup>181</sup>.

---

<sup>179</sup> La definición de la técnica de las leyes marco es compleja y no ha sido totalmente pacífica en la doctrina. El núcleo distintivo de la legislación marco radica, por tanto, en una reducida precisión de sus disposiciones, que no parten de la determinación de las entidades y conceptos jurídicos en el propio texto legal sino que, por lo general, se orientan únicamente al establecimiento de objetivos. Véase sobre ello, STERZEL, Fredrik; "Ramlagarna- nytt och gammalt", en NEREP, Erik; WARNLING-NEREP, Wiweka; *Festskrift till Jacob W.F. Sundberg*, Stockholm: Juristförlaget, 1993, p. 343 y ss. ESPING, Hans; *Ramlagar i förvaltning politiken*, Stockholm: SNS Förlag, 1994, p. 20, p. 28-33. HOLMBERG, Sten; "Sociala rättigheter mål och medel", en *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, vol. 53, 1990, p. 193. STRÖMHOLM, Stig; "Goal-Steering and Judicial Review", en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 40, 2000, p. 194. HYDÉN, Håkan; *Ram eller lag? Om ramlagstiftning och samhällsorganisation*, Stockholm: Stat-Kommunberedningen, Departementsserien C, 1984, p. 26.

<sup>180</sup> Véase VAHLNE WESTERHÄLL, Lotta; "Om sociala rättigheters funktion och konstruktion", en REGNER, Göran; ELIASON, Marianne; VOGEL, Hans-Heinrich; *Festskrift till Hans Ragnemalm*, Lund: Juristförlaget, 2005, p. 382, quien los considera como tales en la medida en que no tienen una clara exigibilidad.

<sup>181</sup> En este sentido, HYDÉN, Håkan; *Ram eller lag? Om ramlagstiftning och samhällsorganisation*, *op. cit.*, 1984, p. 16-17. HOLMBERG, Sten; "Sociala rättigheter mål och medel", *op. cit.*, 1990, p. 193. STRÖMHOLM, Stig; "Goal-Steering and Judicial Review", *op. cit.*, 2000, p. 194.

## ii. El contenido de los derechos sociales

De acuerdo con su formulación mayoritariamente a nivel infraconstitucional, el contenido de los derechos sociales se determina de forma general por el legislador, con un elevado grado de libertad. Incluso en el caso en que estos derechos alcanzan un cierto reconocimiento constitucional, la jurisprudencia no ha elaborado un contenido normativo que vincule al legislador, ya sea porque su enunciado constitucional se remite a la ley, o ya sea por la reticencia de los Tribunales a ejercer un control estricto en esta materia (apartado a). La determinación de este contenido por el legislador halla, no obstante, ciertos límites en el establecimiento constitucional de algunos principios que le exigen una coherencia en el tiempo y le impiden sustraer al particular prestaciones ya adquiridas (apartado b).

### a) *Un contenido constitucional poco elaborado*

El limitado reconocimiento constitucional que adquieren los derechos sociales en los estados nórdicos se acompaña, en los pocos casos en que se hallan reconocidos, de un contenido que resulta frecuentemente indeterminado en estas normas, y que no ha sido precisado o interpretado posteriormente por la jurisprudencia. Si los derechos sociales encuentran, también en los estados continentales, numerosos problemas para la determinación de su contenido constitucional, en los estados nórdicos estas dificultades se acentúan, ante la ausencia de una tradición jurídica en la interpretación de derechos y la baja intensidad del control de constitucionalidad realizado.

Es cierto que existen, en algunos casos, derechos sociales reconocidos en las constituciones nórdicas con un contenido preciso y asegurado en estas normas. El derecho a la educación, por ejemplo, aparece en la mayor parte de constituciones nórdicas, como una pretensión de acceso a un servicio educativo gratuito en su nivel básico, que no remite expresamente a su concreción por ley (art. 2:18 Instrumento de Gobierno de Suecia, art. 76 Constitución de Dinamarca, art. 16 Constitución finlandesa). Se trata, no obstante, casi del único derecho formulado con este nivel de concreción y de forma cerrada en la Constitución, siendo el contenido de los demás derechos ampliamente remitido a la ley: así sucede con el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, que se reconoce en Suecia “excepto que se establezca algo distinto por ley o convenio” (art. 2:14); con el derecho a la codeterminación en el trabajo en Noruega, que se subordina a las disposiciones específicas aprobadas por ley (art. 110), con el derecho a la asistencia pública en Dinamarca, cuyas condiciones se remiten a la ley (art. 75.2); y en Finlandia con el derecho al trabajo (art. 18), el

derecho a la seguridad social (art. 19.2) y el derecho a los servicios sociales y médicos (art. 19.3), cuyo contenido se remite a su regulación detallada por ley.

Podría entenderse que estos derechos pueden, al menos en algunos casos, tener un contenido constitucionalmente protegido, de forma que la remisión al legislador se refiera sólo a su regulación y desarrollo en detalle y no a la propia existencia del derecho, pero ello supone aplicar un razonamiento propio de los estados continentales, que no se ha elaborado ni adoptado de forma clara en los países nórdicos. La extracción del contenido constitucional que puedan tener estas disposiciones, que corresponde a los órganos judiciales en el control de constitucionalidad de las leyes o en su aplicación directa a casos particulares, ha quedado al contrario como una operación durmiente, que no se ha emprendido en la práctica: estas disposiciones son elementos extrañamente utilizados por los operadores jurídicos –poco alegadas por las partes en los litigios particulares–, lo que lleva a los órganos judiciales a ignorar su contenido, no siendo tampoco objeto de una gran elaboración doctrinal.

Al contrario, la doctrina escandinava ha sido, como se ha visto, fuertemente reticente al reconocimiento constitucional de estos derechos, y ha negado, cuando éstos han sido reconocidos, toda fuerza normativa a las disposiciones que los contienen, considerándolas como directrices orientadoras para los poderes públicos, privadas de un contenido normativo que pueda aplicárseles<sup>182</sup>. Incluso en el caso de Finlandia, donde se ha producido recientemente una mayor aceptación de estos derechos, éstos se consideran esencialmente mandatos al legislador, y aunque pueden dar lugar en algún caso a derechos subjetivos exigibles –por ejemplo, el derecho a la asistencia social (art. 19.1 Constitución finlandesa)–, se conciben como disposiciones dirigidas principalmente al legislador, quien debe regularlos y concretar su contenido<sup>183</sup>.

A pesar de alcanzar en ciertos casos reconocimiento constitucional, por tanto, el contenido de estos derechos no se considera determinable en abstracto, al margen de la voluntad del legislador, sino que requiere según el pensamiento escandinavo de una concreción por ley, que determine las facultades y obligaciones que encierra cada enunciado. No se produce, en estos estados, una distinción entre la normatividad abstracta de estas disposiciones y su eficacia subjetiva, como sucede en los estados continentales, sino que su reconocimiento se alcanza al precio de negar su fuerza normativa también en cuanto a su

---

<sup>182</sup> En este sentido, en Suecia, STRÖMBERG, Håkan; *Sveriges författning, op. cit.*, 2001, p. 16. NYMAN, Olle; "The New Swedish Constitution", *op. cit.*, 1982, p. 177.

<sup>183</sup> Véase en este sentido TUORI, Kaarlo; "Rights, Democracy and Local Self-governance: Social Rights in the Constitution of Finland", *op. cit.*, 2007, p. 72.

vinculación objetiva, excluyendo que puedan producir cualquier efecto jurídico sobre el legislador y que éste quede en modo alguno sujeto a sus determinaciones. El reconocimiento de derechos sociales en las constituciones representa, así, la incorporación de disposiciones simbólicas, que no tienen no obstante un contenido elaborado por la jurisprudencia en virtud de una interpretación independiente: su amplitud y apertura al legislador impiden a los Tribunales una valoración más estricta de sus elementos, de modo que el legislador queda escasamente vinculado a estos enunciados.

La ausencia en estos estados de una tradición jurídica prolongada en cuanto a la interpretación de derechos constitucionales se hace patente de forma todavía más acusada en relación con los derechos sociales. Los órganos judiciales no se hallan habituados a la realización de un control de constitucionalidad que ponga en duda el trabajo parlamentario, ni siquiera en relación con los derechos clásicos, de forma que su control en relación con derechos que requieren actuaciones positivas, y que ofrecen múltiples alternativas de realización al legislador, se revela enormemente complicada. La ausencia además en estos sistemas de un Tribunal constitucional, que unifique la interpretación constitucional y progrese en la elaboración de los distintos contenidos, contribuye también a la débil elaboración del contenido constitucional de estos derechos. No se conoce, así, que se hayan recibido en los estados nórdicos los avances de la interpretación constitucional de derechos realizados en el continente europeo, como la teoría de la dimensión subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales, o el efecto irradiador de los derechos para los poderes públicos<sup>184</sup>. Todo ello dificulta la extracción en abstracto de un contenido constitucional de estos derechos, que tiene además, como se verá, reducidas garantías normativas.

#### ***b) La determinación del contenido por el legislador y su protección normativa***

La débil determinación del contenido constitucional de los derechos sociales reconocidos a nivel fundamental se acompaña de una protección normativa que se prevé en distintos modos en los diversos estados, pero que actúa en todo caso de forma limitada respecto a estos derechos, dejando al legislador una amplia libertad en su configuración. Si las garantías normativas expresas no operan, en los derechos sociales constitucionales, como elementos que se hayan utilizado para asegurar de forma estricta su contenido, existen en cambio otros principios elaborados por los Tribunales que permiten una cierta vinculación y control del

---

<sup>184</sup> Véase sobre ello, en relación con los derechos sociales, Capítulo 3, Sección B.

legislador, y que aunque no tienen una utilización uniforme en todos los ordenamientos, pueden contribuir al aseguramiento de un cierto contenido de los derechos sociales.

La protección normativa de los derechos constitucionales adquiere en los estados nórdicos fisonomías distintas: en Noruega y Dinamarca, las constituciones no prevén expresamente las garantías de los derechos constitucionales; en Finlandia, la Constitución establece únicamente que “las autoridades públicas deben garantizar la observancia de los derechos y libertades fundamentales y de los derechos humanos” (art. 22); en Suecia, las garantías normativas se prevén de forma más extensa, estableciéndose expresamente la posibilidad de limitar por ley algunos derechos (art. 2:20)<sup>185</sup>, concretando las condiciones que debe respetar dicha limitación (art. 2:21)<sup>186</sup>, y previendo un procedimiento por el que una propuesta de ley que los limite puede ser objeto de una consideración más prolongada en el Parlamento (art. 2:22)<sup>187</sup>.

La ausencia de una tradición de protección normativa de los derechos constitucionales en estos estados, junto con la influencia del Derecho internacional y europeo en esta materia, ha llevado a la construcción de un esquema de garantía similar al que aplica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exigiendo que toda restricción de un derecho constitucional cumpla, para ser considerada legítima, las condiciones de tener un objetivo aceptable en una sociedad democrática, estar establecida por ley, y ser proporcional al objetivo perseguido. No existe, no obstante, en los países nórdicos, una noción equivalente a la del contenido esencial de un derecho, que impida de forma absoluta la entrada del legislador en un determinado ámbito. Si es cierto que algunos derechos tienen en estos estados una protección absoluta, que impide su restricción salvo reforma constitucional<sup>188</sup>, las restricciones a los demás derechos se valoran

---

<sup>185</sup> Se trata de las libertades de opinión en su vertiente positiva (art. 2:1 Instrumento de Gobierno), la prohibición de registros arbitrarios y vigilancia secreta (art. 2:6), la prohibición de privación de libertad o restricciones a la libertad de movimiento (art. 2:8), y la obligación de publicidad en los procesos judiciales (art. 2:11).

<sup>186</sup> La restricción sólo puede ser impuesta para un propósito aceptable en una sociedad democrática; no puede exceder lo que sea necesario en relación a su objetivo (proporcionalidad); no puede constituir una amenaza a la libertad de opinión, que es uno de los fundamentos de la democracia; ni puede realizarse únicamente con base a creencias políticas, religiosas, culturales o similares (art. 2:21 Instrumento de Gobierno sueco).

<sup>187</sup> Se trata de un procedimiento legislativo especial, que implica, en el caso en que sea solicitado y aprobado por el Comité parlamentario sobre la Constitución, la exigencia de una mayoría cualificada de 5/6 para la aprobación de la ley o, si no se obtiene esta mayoría, un trámite de espera de la propuesta durante doce meses, tras el cual podrá ser aprobada por mayoría simple.

<sup>188</sup> En Suecia, se trata de los denominados “derechos absolutos”, que vienen constituidos por la libertad religiosa (art. 2:1 sexto párrafo IG), las libertades de opinión en su vertiente negativa (art. 2:2 IG), la prohibición de registro de individuos en base a opiniones políticas (art. 2:3 IG), la prohibición de pena de muerte, de penas corporales y de tortura (arts. 2:4 y 2:5 IG), la expulsión de ciudadanos o privación de la ciudadanía (art. 2:7 IG), la prohibición de retroactividad en materia penal y fiscal (art. 2:10 IG) y el derecho de acceso a un Tribunal en caso de detención (art. 2:11 primer párrafo IG).

siempre en relación con las condiciones mencionadas, que actúan como “límites de los límites”, indicando hasta qué punto se considera legítima la restricción<sup>189</sup>.

Lo mismo ocurre en relación con la reserva de ley como garantía normativa en estos derechos. Si estos enunciados remiten a menudo al legislador la regulación de importantes elementos de su contenido –piénsese, por ejemplo, en el derecho a la asistencia pública en Dinamarca (art. 75.2) o en el derecho a la seguridad social en Finlandia (art. 19.3) cuyas condiciones concretas deben establecerse por ley-, esta remisión no supone una atribución exclusiva al legislador ni limita los supuestos de su intervención en el derecho: el legislador puede, de acuerdo con las reglas sobre el poder normativo en cada estado, delegar dicha regulación a las correspondientes autoridades administrativas<sup>190</sup>, y cabe asimismo su entrada en otros elementos del derecho, de forma que la reserva de ley expresa no queda instituida como única posibilidad de limitación legislativa.

A pesar de esta reducida protección normativa de los derechos sociales, y de la reticencia de los Tribunales a la extracción de obligaciones positivas directamente desde la Constitución, éstos han desarrollado en cambio otros mecanismos que, basados en ciertos principios o derechos constitucionales, posibilitan una cierta protección del contenido de los derechos sociales tal y como ha sido articulado por el legislador, exigiéndole ciertas condiciones de coherencia, e imponiéndole obligaciones en su mantenimiento. Estos principios tienen distintos desarrollos y fundamentos en los diversos estados, pero comparten unos mismos rasgos que pueden resultar de utilidad para la garantía de los derechos sociales: su establecimiento supone el respeto a la articulación del contenido de la protección social por el legislador, atribuyéndole una libertad de configuración casi absoluta, pero implica al mismo tiempo la sujeción de la regulación legislativa a ciertas exigencias establecidas constitucionalmente, basadas en el respeto al individuo y sus expectativas.

Así por ejemplo, en Noruega, el derecho a la propiedad (arts. 104 y 105 Constitución noruega) se ha utilizado para la protección de las prestaciones sociales consideradas como derechos adquiridos, impidiendo los Tribunales la sustracción de estas prestaciones una vez han sido concedidas en una base habitual al individuo<sup>191</sup>. El derecho a la propiedad opera, en

---

<sup>189</sup> En este sentido, NERGELIUS, Joakim; *Konstitutionellt rättighetsskydd. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv*, op. cit., 1996, p. 55.

<sup>190</sup> Así se establece, por ejemplo, en Suecia, donde el Instrumento de Gobierno prevé la delegación de una regulación a las autoridades administrativas (art. 8:11).

<sup>191</sup> Así por ejemplo, ya en los primeros casos en que se aplica el control de constitucionalidad en Noruega el derecho de propiedad sirve a la protección del estatuto jurídico de los funcionarios civiles, ante diversas leyes por las que éstos perdían ingresos, modificando las tasas que podían imponer. Así se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1854, en el que el Tribunal estableció que estas modificaciones, contrarias

este caso, como vía de protección de los derechos adquiridos, impidiendo al legislador una modificación normativa que suponga la supresión o reducción sustancial de las prestaciones programadas, protegiendo así la confianza legítima del individuo. También en Suecia se ha planteado la posible utilización de este derecho para la protección de prestaciones sociales. Si bien tradicionalmente estas prestaciones sólo se han considerado objeto del derecho de propiedad cuando son, por su naturaleza, equiparables a reclamaciones de Derecho privado, la progresiva transformación en el carácter de ciertos tipos de prestaciones sociales, a través de la privatización de determinados sectores del Estado de bienestar, ha supuesto un cambio en la concepción de las prestaciones sociales, que puede implicar su inclusión en la protección constitucional del derecho a la propiedad<sup>192</sup>. El legislador ha considerado así, en algunos casos, que determinadas prestaciones gozan de la protección constitucional del derecho a la propiedad, como las pensiones que tienen una estructura similar a un seguro privado.

Por otra parte, el principio de prohibición de retroactividad, establecido en algunas constituciones en materia penal y fiscal (art. 2:10 del Instrumento de Gobierno sueco, art. 97 Constitución noruega, art. 8 Constitución finlandesa)<sup>193</sup>, ha sido considerado en algunos estados aplicable en materia de derechos sociales, restringiendo la posibilidad del legislador de modificar la posición del individuo en relación a estas prestaciones en un sentido positivo o negativo. En Noruega, la jurisprudencia ha utilizado en el sentido indicado estas disposiciones constitucionales, considerando que la persona que percibe una prestación social tiene un derecho al pago continuado objeto de protección constitucional, y estableciendo que, si bien las normas relativas a la atribución de prestaciones sociales pueden ser modificadas a lo largo del tiempo, la total abolición o la restricción severa de una prestación de seguridad social sería contraria a la prohibición constitucional de legislación retroactiva<sup>194</sup>.

---

al derecho de propiedad de los sujetos, debían ser compensadas, en contra de lo que establecía la ley del Parlamento.

<sup>192</sup> Así lo expresa ERHAG, Thomas; "General Principles of Social Security Law in Europe. Part I: Legislative Aspects of the 'Security' Principle", en BECKER, Ulrich; PIETERS, Danny, ROSS, Friso (eds.); *Security: A General Principle of Social Security Law in Europe*, Europa Law Publishing, Groningen, 2010, p. 501 y ss. En el mismo sentido, ERIKSSON, Lars D.; "Sociala rättigheter som en ny form av egendom", en ERIKSSON, Lars D.; *Kritik, moral och rätt. Artiklar och diskussionsinslag*, Helsinki: Universitet, 1992, p. 282, para quien los derechos sociales deben comprenderse en el Estado de bienestar moderno como una nueva forma de propiedad, de manera que deben ser desarrollados de un modo similar a los derechos civiles y deben gozar de la misma protección constitucional.

<sup>193</sup> El principio de no retroactividad se encuentra en Dinamarca recogido en materia penal en el artículo 3 del Código Penal, pero no en la Constitución.

<sup>194</sup> Véase la temprana Sentencia del Tribunal Supremo de Noruega de 1 de febrero de 1854, ya citada, donde el derecho de propiedad se combina con la prohibición de retroactividad de las leyes. VAHLNE WESTERHÄLL, Lotta; "Legal Right to Social Security Benefits- A Functional and Constructive Analysis", op. cit., 2007.

En Suecia, si bien en materia social la legislación se aplica en principio de forma retroactiva, a pesar de que en el momento de origen de los hechos la ley en cuestión no estuviera en vigor<sup>195</sup>, ciertos autores señalan que la posición *de facto* de los Tribunales ha sido, en cierta medida, la de no aplicar al individuo aquellas leyes más estrictas que le sean desfavorables, impidiéndose la aplicación de la legislación de forma retroactiva si supone una carga irrazonable para la posición del individuo<sup>196</sup>. Ello implica, para el legislador, una obligación de evitar reformas extremas de la legislación social, y le obliga en todo caso a la previsión de un régimen transitorio, impidiendo su aplicación a los individuos de forma súbita, sin un correspondiente régimen de adaptación de las expectativas.

Estos principios implican, en definitiva, el establecimiento por los órganos judiciales de ciertos criterios que vinculan al legislador, exigiéndole en su actividad normativa el cumplimiento de determinadas condiciones. Se respeta así la libre configuración del contenido de los derechos sociales por el legislador, pero se le obliga al mismo tiempo a tener en cuenta la protección del individuo y sus expectativas, impidiéndole por tanto una regulación que desconozca completamente las prestaciones previstas anteriormente: la vinculación del legislador a un principio formal, como el principio de no retroactividad o el respeto a los derechos adquiridos, permite una cierta determinación material del contenido que debe dar a estos derechos, exigiéndole una normación coherente y elaborada de forma consistente con lo anteriormente regulado. Ello no dista mucho, como se verá, de ciertos planteamientos realizados en los estados continentales para la protección del contenido constitucional de los derechos sociales<sup>197</sup>.

### iii. Titularidad y destinatarios de los derechos sociales

Los derechos sociales tienen en los países nórdicos, tanto en su reconocimiento constitucional como legislativo, condiciones características de titularidad que los distinguen de su regulación en otros sistemas. La concepción del principio de igualdad real, realizado a través de la construcción de un sistema social que ofrece condiciones de igualdad a todos los sujetos, supone una opción por la regulación de una titularidad amplia de los derechos

---

<sup>195</sup> Véanse los casos RÅ 1988 ref 132, RÅ 1990 not 431, RÅ 1991 ref 79. ERHAG, Thomas; "General Principles of Social Security Law in Europe. Part I: Legislative Aspects of the 'Security' Principle", *op. cit.*, 2010, p. 501 y ss.

<sup>196</sup> En este sentido, LAVIN, Rune; "Ändring av tillämplig lag under pågående process", *Förvaltningsrättslig tidskrift*, 1994, p. 39. BULL, Thomas; "Färdtjänst för evigt? Om rättskraft och retroaktivitet i förvaltningsrätten", *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, vol. 4-5, 1999, p. 130.

<sup>197</sup> Véase sobre ello *infra* Capítulo 3, Sección II B.iii.

sociales, que se atribuyen por lo general sobre una base de ciudadanía o residencia, y que tiene como contrapartida una previsión más escueta de sus destinatarios. El reducido reconocimiento constitucional de estos derechos hace que no se planteen en estos sistemas, no obstante, las dificultades relativas a la aplicación horizontal de los mismos. Como derechos legislativos, éstos pueden sin problemas tener efectos frente a otros particulares, lo que se refleja especialmente en el ámbito laboral.

*a) La amplia titularidad prevista en la Constitución y las leyes*

La titularidad de los derechos sociales viene determinada de forma distinta según su reconocimiento constitucional o legislativo. El problema principal que se plantea viene dado por su posible atribución a los extranjeros, y por la determinación de las condiciones de titularidad que se exigen a los nacionales. En relación con las personas jurídicas estos derechos no plantean demasiados problemas, reconociéndose a éstas aquellos derechos que por su naturaleza puedan ejercer –esencialmente, los derechos del ámbito laboral-, pero en relación con las personas físicas ello plantea mayores dificultades, poniendo en juego las distintas concepciones existentes en relación con los derechos sociales: si éstos se insertan en el discurso de los derechos humanos, ampliamente influyente en los estados nórdicos en su reconocimiento constitucional, ello exigiría atribuirlos a todas las personas, incluyendo a los extranjeros; por el contrario, su consideración simplemente como derechos constitucionales, que adquieren reconocimiento jurídico según lo consensuado por la sociedad, permite una mayor limitación de dicha titularidad, en atención a los criterios que se consideren relevantes en cada sistema.

Ambos discursos han tenido no obstante, en los estados nórdicos, resultados similares. A nivel constitucional, existen en algunas constituciones disposiciones específicas que determinan los sujetos titulares de los derechos reconocidos, extendiéndose los derechos sociales a todas las personas, e incluyendo por tanto a los extranjeros en las mismas condiciones. En Suecia, por ejemplo, el Instrumento de Gobierno distingue entre diversos grupos de derechos en cuanto a la titularidad, estableciendo los pocos derechos sociales reconocidos –el derecho a la educación (art. 2:18) y el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 2:14)- como derechos que se garantizan a los extranjeros en la misma medida que a los ciudadanos suecos, sin que puedan ser específicamente restringidos para este colectivo (art. 2:25)<sup>198</sup>. En Finlandia, no existe una disposición constitucional específica que

---

<sup>198</sup> La reforma del Instrumento de Gobierno de 2012 ha expresado de modo mucho más claro la aplicación de los derechos constitucionales a todos los ciudadanos y extranjeros que se hallen en Suecia, estableciendo como

determine la titularidad de los derechos constitucionales respecto a los extranjeros, si bien la formulación de los derechos sociales en referencia a “toda persona” denota una voluntad de extensión a todos los individuos en tanto que elementos necesarios a la condición humana, de acuerdo con su concepción como derechos humanos correspondientes a todos los individuos.

Esta amplia comprensión de la titularidad de estos derechos constitucionales, que contrasta en cierta medida con las limitaciones impuestas en los estados continentales, tiene también en los estados nórdicos una importante fuente en la configuración legislativa de estos derechos, que ha implicado en estos sistemas el establecimiento de condiciones amplias de titularidad. El principio de igualdad material al que se dirigen estos derechos, que implica como objetivo político el aseguramiento de unas mismas condiciones mínimas de subsistencia a todos los miembros de la sociedad, ha dado lugar a una configuración extensa de su esfera subjetiva, incluyendo al mayor número de personas como titulares de los mismos.

Así se refleja por ejemplo en la configuración legislativa de estos derechos en el sistema sueco, donde la titularidad se ha delimitado en base a tres criterios: en unos casos, el derecho se atribuye en función de la pertenencia de la persona a un determinado municipio o condado, exigiendo únicamente el registro en el mismo –principalmente, los derechos a servicios públicos que son prestados por estas entidades-<sup>199</sup>; en otros casos, el criterio de atribución se sitúa en la condición de residencia en el Estado sueco, lo que requiere una inscripción en el censo estatal, previa obtención para los extranjeros de un permiso de residencia –la mayor parte de derechos de seguridad social, que atribuyen una prestación básica-<sup>200</sup>; por último, algunos derechos se atribuyen en exclusiva a los trabajadores, en función del nivel de contribución realizado y de los ingresos obtenidos anteriormente –principalmente, los derechos de seguridad social que atribuyen prestaciones por encima de la pensión básica-<sup>201</sup>.

La particularidad en la titularidad de estos derechos, que viene dada, en los estados nórdicos, por la atribución de un gran número de derechos en base a una condición de residencia, implica que la mayor parte de prestaciones no se liga a la contribución laboral realizada sino que ofrece a todos los ciudadanos una prestación mínima. Este esquema universal de atribución de los derechos sociales, a pesar de haber ido evolucionando en los

---

excepción la posibilidad de limitar por ley ciertos derechos para los extranjeros. Véase a este respecto Prop. 2009/10:80, p. 149.

<sup>199</sup> Véase la Ley 1991:900 del Gobierno Local, que exige la inscripción en el municipio o condado para la atribución de determinadas prestaciones.

<sup>200</sup> Véase la Ley 1991:481 del Censo.

<sup>201</sup> Véase el artículo 2:7 de la Ley 1999:799 de Seguridad Social, que determina el conjunto de derechos atribuidos por esta vía.

últimos años, supone la previsión de diversos niveles de prestación en cada uno de los derechos: existe así una prestación básica que se atribuye en un mismo nivel a todas las personas, financiada a través de impuestos e independiente respecto a su contribución laboral, y una prestación proporcional al nivel de ingresos, que garantiza al individuo la compensación por su trabajo y cotización previa, y el mantenimiento de un nivel de vida similar al que tenía<sup>202</sup>.

Este esquema de titularidad de los derechos sociales legislativos, junto a la existencia de un único régimen de seguridad social en estos estados, conduce a una situación de elevada integración social e inclusión de todas las personas. A pesar de que se han producido en los últimos años ciertas modificaciones del sistema, variando el método de atribución de estos distintos niveles de prestación, y quedando el nivel básico a menudo como prestación que se obtiene únicamente si el nivel suplementario no es suficiente<sup>203</sup>, la propia existencia de estas prestaciones básicas, conferidas a toda persona residente en el Estado, sigue configurando estos Estados como ampliamente inclusivos, logrando un elevado nivel de desmercantilización de la persona. El endurecimiento de las condiciones de elegibilidad de estos derechos, junto con el establecimiento de condiciones de ejercicio más estrictas ante una situación de crisis económica, no implican la pérdida en estos derechos de la estructura establecida en cuanto a su titularidad, de forma que la reducción de su contenido, si existe, afecta por igual a todas las personas, en un elevado grado de solidaridad social.

La titularidad de estos derechos deviene únicamente un elemento potencial, cuya activación requiere el cumplimiento de otras condiciones para ser elegibles que pueden ser muy estrictas –en especial, las condiciones de ejercicio suponen un elevado grado de control social-<sup>204</sup>. Pero su configuración amplia permite el mantenimiento de un intenso nivel de solidaridad social, que incluye a todas las personas en el mismo sistema, cualquiera que sea su situación económica inicial. La vinculación de los derechos sociales a la dignidad humana y a

---

<sup>202</sup> Sobre la estructura de estas prestaciones, véase PALME, Joakim; WENNEMO, Irene; *Swedish Social Security in the 1990s: Reform and Retrenchment*, The Printing Works of the Cabinet Office and Ministries, Stockholm, 1998, p. 13-15. La evolución del concepto de universalismo en estos sistemas ha ido evolucionando: inicialmente, la universalidad implicaba la atribución a todos los residentes de un mismo nivel de protección, afectando así tanto a la titularidad como al contenido del derecho; actualmente, no obstante, si bien se mantiene una prestación básica universal para todas las personas, casi no existen prestaciones que no tengan además un nivel suplementario, atribuido en función de la contribución laboral. KILDAL, Nanna; KUHNLE, Stein; "The Nordic Welfare Model and the Idea of Universalism", *op. cit.*, 2005, p. 14.

<sup>203</sup> En este sentido, por ejemplo, la reforma del sistema de pensiones establecida en Suecia a través de la Ley 1998:674 sobre pensión de jubilación y la Ley 1998:702 sobre pensión de garantía.

<sup>204</sup> Por ejemplo, en Suecia, la prestación por enfermedad laboral exige, según la Ley 1962:381 de Seguro General, la comunicación de la enfermedad al fondo de seguridad social lo más pronto posible (art. 3:14), así como la posterior aportación de un certificado médico a partir del séptimo día de enfermedad.

la condición de persona se revela, en este ámbito, especialmente relevante en los estados nórdicos: ésta no implica en estos ordenamientos un reconocimiento constitucional de estos derechos, pero se refleja en cambio en el sistema elegido para la determinación de su titularidad, que establece para todos los individuos ciertas condiciones de igualdad mínima, en virtud de un trabajo de construcción legislativa de un sistema social inclusivo.

***b) La determinación política y variable de los destinatarios***

La regulación mayoritariamente legislativa de los derechos sociales hace que no se planteen, en los estados nórdicos, excesivos problemas en cuanto a los destinatarios de estos derechos. Toda la problemática que se genera en los estados continentales en relación con la eficacia horizontal de estos derechos, en cuanto a la posible vinculación de los particulares a la Constitución, adquiere en los países escandinavos una menor significación, en la medida en que éstos no se prevén como entidades constitucionales y, cuando lo hacen, remiten la mayor parte de su contenido a la ley. La consideración de los particulares como posibles destinatarios de estos derechos deriva, en estos estados, de los pactos sindicales iniciales por los que ambas partes del mercado laboral se reconocieron y aceptaron como agentes sociales ante los que se ejercerían las facultades reconocidas, lo que facilita la aceptación de la eficacia horizontal de los derechos sociales laborales, establecidos desde su inicio por las propias partes como instrumentos del conflicto social que operan entre sujetos particulares.

Es cierto que, en este esquema, el Estado adquiere una cierta responsabilidad de vela por el correcto funcionamiento del sistema y el ejercicio adecuado de los derechos laborales. Así se refleja, especialmente, en las funciones que mantiene el poder público en los casos en que no pueda alcanzarse un acuerdo, y en los poderes de pacificación y arbitraje que se le atribuyen<sup>205</sup>. Pero se trata, en este caso, de funciones que derivan de la legislación reguladora del sistema, y no de un imperativo constitucional de protección de estos derechos, de forma que dependen ampliamente de la voluntad política dominante: no existe aquí el problema de determinar si el derecho constitucional vincula directamente al particular o únicamente de forma indirecta a través de la obligación de protección por el Estado<sup>206</sup>, sino que todo ello queda establecido como una opción política, que deriva en todo caso de los acuerdos establecidos inicialmente y de la regulación posterior del sistema laboral.

---

<sup>205</sup> Véase sobre ello FAHLBECK, Reinhold; "Industrial Relations and Collective Labour Law: Characteristics, Principles and Basic Features", *op. cit.*, 2002, p. 89 y ss.

<sup>206</sup> Sobre esta problemática en los estados continentales, véase *infra* Capítulo 3, Sección II.B.iv

De acuerdo con su regulación a través de estos instrumentos, estos derechos se conciben como facultades que se ejercen, en esencia, frente a los particulares –los trabajadores o empresarios-, quienes tienen a su vez facultades correspondientes para el desarrollo del conflicto social. Como se ha señalado en la doctrina, el Derecho laboral nórdico tiene una marcada operatividad entre privados, regulando esencialmente derechos que tienen efectos frente a la otra parte del mercado laboral, pero dejando sin regulación los elementos internos que afectan a cada una de las partes<sup>207</sup>. Sin embargo, el carácter legislativo de estos derechos, y la determinación por esta vía de su alcance y destinatarios, implica la posibilidad de modificación de estas condiciones, y la dependencia respecto a la voluntad de las partes del efecto horizontal de estos derechos: la retirada de una de las partes del sistema de negociación y relaciones laborales supone la alteración de los efectos de estos derechos, al sustraer el consentimiento del acuerdo inicial y negarse a seguir dentro del mismo sistema.

Así ocurrió de hecho en Suecia a partir de 1977, cuando la reivindicación por los sindicatos de una legislación laboral más protectora, que fue aprobada por el Gobierno<sup>208</sup>, llevó a las asociaciones empresariales a abandonar el sistema de negociación colectiva, negando así su vinculación a las facultades de negociación y conflicto colectivo reconocidas por los acuerdos iniciales a las organizaciones de trabajadores. El sistema de relaciones laborales, basado en una fuerte eficacia de los derechos sociales frente a la otra parte del mercado laboral, quedó así modificado por la actuación y voluntad de una de las partes. Las facultades de negociación se encuentran, desde entonces, intensamente reducidas, siendo amplias materias de la relación laboral reguladas directamente por el Estado<sup>209</sup>.

Ello no implica, no obstante, que la eficacia horizontal de los derechos sociales en los estados nórdicos tenga una menor intensidad que en la Europa continental. Al contrario, el modelo original escandinavo se basa en una intensa vinculación de las partes a estos derechos, que se produce de forma directa, sin intermediación del Estado, por efecto de su propia aceptación en un pacto o contrato como instrumentos para la realización del conflicto laboral. Igual que en el contenido de estos derechos, no obstante, la ausencia de establecimiento constitucional de estos elementos produce una gran posibilidad de adaptación y modificación:

---

<sup>207</sup> No existe, por ejemplo, una regulación detallada relativa a la organización interna de los sindicatos o asociaciones empresariales. Véase FAHLBECK, Reinhold; “Industrial Relations and Collective Labour Law: Characteristics, Principles and Basic Features”, *op. cit.*, 2002, p. 89 y ss.

<sup>208</sup> Se aprobaron, entre otras, la Ley 1977:1166 de seguridad en el empleo; la Ley 1976:580 de cogestión en el lugar de trabajo; la Ley 1982:80 de protección del empleo; o la Ley 1982:673 sobre tiempo de trabajo.

<sup>209</sup> Véase HASSELBALCH, Ole; “The Roots- the History of Nordic Labour Law”, en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 43, 2002, p. 19 y ss.

las propias partes pueden, en virtud de su autonomía privada, modificar el alcance de sus instrumentos y la naturaleza de su vinculación, de acuerdo con los intereses que persigan en cada momento. Si es cierto que el modelo de relaciones laborales ha alcanzado en estos estados una continuidad y un éxito que pueden hacer más difícil su modificación, nada impide jurídicamente la alteración del sistema, ni la negación por alguna de las partes de su vinculación a los derechos laborales. El reducido reconocimiento constitucional de estos derechos no permite, en estos estados, determinar de forma obligatoria a sus destinatarios, por encima de la propia voluntad de las partes del mercado laboral<sup>210</sup>, de forma que sólo es posible una eficacia directa frente a terceros, que responda a su propia aceptación como tal.

Fuera del ámbito laboral, los derechos sociales a actuaciones positivas, regulados a través de la legislación, tienen como destinatarios a los poderes públicos, y se dirigen principalmente a la Administración. Ello implica en los estados nórdicos, debido a su elevado nivel de autonomía local, la determinación en la norma de la autoridad y el nivel administrativo al que corresponde aplicar el derecho y realizar las actuaciones pertinentes, de acuerdo con la distribución material establecida. No se produce no obstante en estos estados la problemática relativa a la vinculación de estos poderes a actuaciones positivas desde la Constitución: su previsión a nivel legislativo estableciendo las obligaciones de estos órganos permite a los Tribunales un control de la actuación estatal, de forma que su vinculación como destinatarios no genera grandes dificultades. Los medios de control se articulan, como se verá, de forma correspondiente a estos destinatarios, establecidos como instituciones de control que se fiscalizan principalmente a la Administración.

#### **iv. Garantías de los derechos sociales**

La naturaleza eminentemente legislativa de los derechos sociales en los estados nórdicos, que tienen en la Administración pública su principal destinatario, sitúa las garantías de estos derechos, más que en su protección normativa –que como se ha visto es francamente reducida–, en el control de los órganos administrativos, que alcanza en estos ordenamientos importantes dimensiones. Si tradicionalmente este control se ha realizado a través de garantías institucionales, estableciéndose órganos o procedimientos especializados para el control de la Administración; posteriormente también el establecimiento de un sistema de Tribunales independientes, que ostentan importantes facultades de control, ha contribuido a la garantía de estos derechos, a través del aseguramiento de una actividad administrativa de mayor calidad.

---

<sup>210</sup> Así se refleja en Suecia, donde el Instrumento de Gobierno reconoce el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, salvo que se establezca algo distinto por ley o convenio colectivo (art. 2:14).

**a) La intensa garantía institucional de los derechos sociales**

La gran expansión de la Administración que se produce con el desarrollo de los estados sociales nórdicos, junto con la realización por estos órganos de importantes funciones de aplicación y concreción de los derechos sociales, ha conllevado la construcción de un sistema de garantías orientado principalmente a la vigilancia de las actividades administrativas en relación con los ciudadanos. La necesidad de asegurar una correcta valoración y aplicación de la legislación social a los supuestos individuales por parte de la Administración ha dado lugar a la creación de una serie de mecanismos que, en virtud de su objeto y el tipo de control que realizan, pueden caracterizarse como garantías administrativas o institucionales: se trata, por un lado, de procedimientos que se ejercen por los propios órganos situados en la estructura administrativa, en una actividad de supervisión; y por otro lado, de instituciones administrativas independientes que llevan a cabo un control de estas actividades, ejercido de forma autónoma y posibilitando la revisión de supuestos individuales.

La actividad de supervisión de una determinada actuación administrativa se define como una revisión que se ejerce por un órgano administrativo superior, de forma autónoma e independiente, sobre un determinado objeto –una autoridad concreta, una determinada actuación–, con el fin de controlar el cumplimiento de las exigencias y condiciones que se establecen por ley u otra norma, corrigiendo al responsable de la actuación<sup>211</sup>. Se trata de una actividad de control y revisión, que implica la observación de la autoridad o el procedimiento en cuestión a través de diversos medios, pero también de una actividad de intervención en el órgano administrativo inferior, con el fin de reparar el error que se ha generado. El objeto de la supervisión no puede consistir generalmente en la aplicación de una norma a un caso concreto –ámbito en el que las autoridades administrativas tienen una amplia independencia–, sino que viene constituido por la actividad general del órgano administrativo: es su actuación generalizada, en una determinada forma que tenga efecto en todos los casos, o en una interpretación de una norma que no sea correcta, lo que constituye el objeto de la supervisión, pudiendo ser modificado por el órgano superior<sup>212</sup>.

La reducida regulación general de la supervisión contrasta con una detallada legislación sectorial que establece, en cada ámbito, los órganos competentes, el objeto y las facultades

---

<sup>211</sup> Véase sobre este procedimiento en Suecia, SOU 2004:100, parte 1, p. 51.

<sup>212</sup> MALMBERG, Lars-Göran; "Effektiv tillsyn. En studie av tillsynsmindigheterna, den effektiva tillsynen och offentlighetsprincipens inverkan på effektiviteten", *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, vol. 4, 2004, p. 432. el objeto de la supervisión puede ser tanto la actividad general que lleva a cabo un órgano administrativo como la actuación concreta de los individuos que lo integran.

que implica dicha revisión. Así se refleja, por ejemplo, en Suecia, donde la supervisión se atribuye a distintas autoridades administrativas en cada ámbito: en el ámbito de las prestaciones de seguridad social, la supervisión se atribuye a la Junta Nacional de Seguridad Social, como autoridad estatal a la que corresponde en exclusiva la supervisión de los fondos de seguridad social; en el ámbito de la salud, existe una autoridad administrativa central –la Junta Nacional de Salud y Bienestar– que cuenta con diversas oficinas locales para el ejercicio de la supervisión sobre el personal sanitario y los hospitales, y que colabora con la Junta Nacional de Responsabilidad Sanitaria; en el ámbito de la educación y de los servicios sociales, la supervisión se atribuye a los órganos locales, con conexión a una determinada autoridad central –la Junta Nacional de Educación, la Junta Administrativa del Condado y la Junta Nacional de Salud y Bienestar–<sup>213</sup>.

La supervisión de la actividad administrativa por las propias autoridades administrativas constituye, por tanto, un mecanismo importante de control y revisión de su actividad, que puede permitir corregir ciertas actividades, interpretaciones, o procedimientos que no se ajusten a la ley y que puedan implicar un perjuicio para el individuo. Si la expansión del Estado social en los sistemas nórdicos ha dado lugar a una cierta evolución en su realización, incluyendo actualmente no sólo la búsqueda de errores sino actividades de asesoramiento, evaluación, y seguimiento, su fundamento sigue siendo el respeto al principio de legalidad y a la corrección de la actuación administrativa, permitiendo un control incisivo que respeta, al mismo tiempo, la autonomía administrativa en el tratamiento de los asuntos concretos.

Por otra parte se prevén, junto a este mecanismo, otro tipo de instrumentos de control administrativo que actúan a través de instituciones específicas, dotadas de una mayor independencia respecto a la Administración y con mayores facultades respecto a los casos individuales. Se trata, en esencia, del Ombudsman parlamentario, y de otras instituciones similares que surgen en diversas materias sobre la base de un mismo esquema: éstas se sitúan, habitualmente, bajo la autoridad directa del Parlamento o del Gobierno, gozando de una gran autonomía y de amplios poderes de información y recomendación a las autoridades administrativas, pudiendo iniciar su control de oficio o a instancia de parte, y examinando la legalidad y la adecuación de la actuación administrativa en cada caso.

La existencia de dichas instituciones adquiere en cada uno de los estados nórdicos fisonomías distintas, si bien se encuadran por lo general en un mismo modelo de inspiración

---

<sup>213</sup> SOU 2004:100, parte 1, p. 69-74.

sueca<sup>214</sup>. De acuerdo con el Instrumento de Gobierno de Suecia, el Ombudsman parlamentario se sitúa bajo la autoridad del Parlamento, y ejerce una actividad de supervisión sobre la aplicación de las leyes y otras normas por los órganos públicos (art. 13:6)<sup>215</sup>. Por ello, esta institución constituye un importante mecanismo de garantía de la seguridad jurídica, realizando un control que se concreta en tres aspectos: son objeto de revisión, especialmente, el cumplimiento de las obligaciones propias de las personas que ocupan cargos públicos, la observancia del principio de objetividad e imparcialidad, y el respeto de los derechos de los individuos por la Administración pública (arts. 1 y 3 Ley 1986:765 de Instrucciones al Ombudsman parlamentario)<sup>216</sup>, lo que supone un amplio ámbito de fiscalización que le atribuye incisivas facultades.

A ello se añade, además, una regulación extensa de los órganos administrativos que quedan sujetos a su supervisión. Ésta se ejerce no únicamente sobre los órganos administrativos –tanto centrales como locales–, sino también sobre los órganos judiciales, quedando únicamente excluidas aquellas instituciones que tengan naturaleza política<sup>217</sup>. Las amplias facultades que tiene el Ombudsman para la investigación de las actividades de estos órganos, que lo habilitan para obtener y acceder a todas las actas y documentos de los órganos administrativos y judiciales –incluso aquellos clasificados como secretos–, y para estar presente como observador en las deliberaciones de la Administración y de los Tribunales, denotan la importancia de dicha institución en estos sistemas, y la toma en serio de sus

---

<sup>214</sup> Esta institución tiene origen en la construcción del sistema institucional del Estado sueco en el siglo XIX, cuando se introdujo en el Instrumento de Gobierno de 1809, con el fin de establecer un control de la Administración independiente del Gobierno. La denominación “Ombudsman parlamentario” se utiliza en Suecia para distinguirlo de otros Ombudsman que constituyen agencias administrativas subordinadas al Gobierno: el Ombudsman por la igualdad, el Ombudsman para los menores, el Ombudsman sobre la discriminación, el Ombudsman para los discapacitados, el Ombudsman para los homosexuales, y el Ombudsman para los consumidores. BULL, Thomas; "The Original Ombudsman: Blueprint in Need of Revision or a Concept with More to Offer?", *European Public Law*, vol. 6, 2000, p. 342.

<sup>215</sup> Actualmente, esta institución se regula por la Ley 1974:153 del Parlamento y la Ley 1986:765 de Instrucciones al Ombudsman parlamentario.

<sup>216</sup> BONNOR, Peter; "Ombudsmen and the Development of Public Law", *European Public Law*, vol. 9, 2003, p. 247. EKLUNDH, Claes; "Et organ av extraordinär natur för medborgarnas rättsäkerhet- några tankar om JO-ämbetet idag och i framtiden", en REGNER, Göran; ELIASON, Marianne; VOGEL, Hans-Heinrich; *Festskrift till Hans Ragnemalm*, Lund: Juristförlaget, 2005, p. 89.

<sup>217</sup> La supervisión de los Tribunales por el Ombudsman se explica, según WIESLANDER, porque la función jurisdiccional pertenecía inicialmente al Rey igual que la función de Administración, y por tanto debía ser también supervisada por el Ombudsman. Ello ha generado opiniones favorables y desfavorables en la doctrina. Véase ALEXIUS-BORGSTRÖM, Katarina; "Om JO-ämbetets funktioner", *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, vol. 1-3, 2001, p. 44. RAGNEMALM, Hans; "Justitieombudsmannen och regeringsrätten", *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, vol. 6, 1994, p. 307. WIESLANDER, Bengt; *The Parliamentary Ombudsman in Sweden*, 2 ed., Stockholm: Gidlunds Bokförlag, 1999, p. 34.

funciones, atribuyéndole extensos poderes que permiten una investigación exhaustiva y que contribuyen, finalmente, a una elevada eficacia y prestigio social.

Es cierto que esta institución no tiene poderes de sanción jurídica, lo que le ha valido ciertas críticas en la doctrina<sup>218</sup>. Sin embargo su actividad tiene un efecto preventivo sobre la acción administrativa y judicial, aumentando el nivel de exigencia y rigor en su desarrollo y dando una mayor importancia a la argumentación y capacidad de convencimiento en el control realizado. Esta vía promueve, a través de los distintos procedimientos iniciados de oficio o a instancia de parte, un tipo de relación con los órganos supervisados que se basa en una comprensión mutua, y que da lugar a una crítica no sancionadora, sino de esfuerzo conjunto para mejorar la aplicación de la ley<sup>219</sup>. Así, la posibilidad para los individuos de formular una reclamación ante esta institución en materia de derechos sociales se ha revelado como una garantía importante del cumplimiento de las obligaciones administrativas, que abre a cualquier ciudadano una vía de exigencia de un correcto comportamiento administrativo. Especialmente en sistemas donde la independencia de los órganos judiciales ha sido largamente puesta en entredicho, y donde las posibilidades de exigibilidad judicial no siempre están abiertas, esta garantía ha supuesto la vía más importante de control de la Administración en materia social, basándose en una lógica nórdica de cooperación entre instituciones y de confianza en los órganos públicos para la protección del individuo.

Ello ha dado lugar, posteriormente, a la creación en los estados nórdicos de múltiples instituciones similares, que siguen el mismo esquema de control del Ombudsman, aplicado a otros ámbitos específicos que se consideran necesitados de una revisión acentuada. Especialmente en materia de igualdad, se han creado recientemente instituciones administrativas independientes que, aunque se sitúan bajo la autoridad del Gobierno, tienen la finalidad de ejercer un control de la actuación administrativa con características similares a las del Ombudsman parlamentario: se trata, en concreto, de Ombudsman específicos en materia

---

<sup>218</sup> La doctrina ha cuestionado el significado real de los pronunciamientos del Ombudsman, puesto que hay pocos casos que den lugar a una decisión y ésta no tiene fuerza obligatoria para el órgano en cuestión, lo que genera una cierta discrepancia entre las expectativas que genera el Ombudsman para los ciudadanos y las posibilidades reales de dicha institución de influir en la decisión administrativa o judicial que afecta al individuo. Véase EKLUNDH, Claes; "Et organ av extraordinär natur för medborgarnas rättsäkerhet- några tankar om JO-ämbetet idag och i framtiden", *op. cit.*, 2005, p. 94-95. STERZEL, Fredrik; "Perspektiv på kontrollmakten", en FRÄNDBERG, Ake; HEDLUND, Stefan; SPAAK, Torben; *Festskrift till Anders Fogelklou*, Uppsala: Iustus Förlag, 2008, p. 242.

<sup>219</sup> ALEXIUS-BORGSTRÖM, Katarina; "Om JO-ämbetets funktioner", *op. cit.*, 2001, p. 42.

de igualdad de género, de no discriminación, o de protección de determinados colectivos vulnerables<sup>220</sup>.

Junto a ello, otras instituciones, como el Canciller de Justicia o algunos comités parlamentarios, ejercen también una función de control administrativo, si bien de menores dimensiones. El Canciller de Justicia lleva a cabo una supervisión únicamente sobre los órganos administrativos, y aunque puede recibir reclamaciones individuales, no tiene la obligación de actuar en todo caso frente a dicha reclamación, pudiendo decidir sobre la relevancia del caso<sup>221</sup>. Su ubicación bajo el Gobierno, aunque configurado como institución independiente, provoca una mayor incidencia del ejecutivo en su actividad, así como la realización de otras actividades no relacionadas con la supervisión administrativa. Ello lo configura como un órgano que, si bien tiene facultades muy similares a las del Ombudsman parlamentario, ha tenido una menor importancia en la garantía de los derechos sociales: su establecimiento supone una institución que se añade a la pluralidad de mecanismos dirigidos al control de la actuación administrativa, si bien su actuación para la protección del individuo ha sido en este ámbito más matizada, dirigiendo sus poderes generalmente a otras finalidades<sup>222</sup>.

Por su parte, la existencia de ciertos comités parlamentarios que tienen una función de control constituye también una particularidad de los estados nórdicos. En Suecia, el Comité parlamentario sobre la Constitución tiene como objeto, entre otras funciones, la supervisión de la actividad del Gobierno y de los diversos Ministros que lo integran, no en su actuación política, sino en su vertiente de actuación administrativa, que queda sujeta al control jurídico de este órgano<sup>223</sup>. Éste tiene, para la realización de esta supervisión, amplias facultades de investigación, que lo habilitan a acceder a todas las actas y documentos relacionados con el caso estudiado, con independencia del carácter secreto o público del asunto investigado, pudiendo iniciar la investigación tanto a instancia de un miembro parlamentario como de

---

<sup>220</sup> Véase por ejemplo la Ley sueca 2008:568, sobre el Ombudsman de la Igualdad, que integró en una única oficina los ya existentes Ombudsman sobre menores, Ombudsman sobre discapacitados, Ombudsman sobre discriminación por razones de orientación sexual, y Ombudsman sobre discriminación por razones de origen étnico. Existe también un Ombudsman del consumidor.

<sup>221</sup> La creación de este órgano se sitúa en Suecia en 1713, con el fin de realizar un control de la Administración pública durante la ausencia del Rey. Actualmente se halla regulado en el artículo 12:1 Instrumento de Gobierno sueco, y en la Ley 1975:1339 sobre la Supervisión del Canciller de Justicia y el Reglamento 1975:1345 de Instrucciones al Canciller de Justicia.

<sup>222</sup> El Canciller de Justicia tiene especial relevancia, en cambio, en la vigilancia de los delitos relativos a la libertad de expresión y de prensa, en los que tiene atribuidos especiales funciones (art. 6 Reglamento 1975:1345 de Instrucciones al Canciller de Justicia).

<sup>223</sup> El Comité parlamentario sobre la Constitución se regula en los artículos 13:1 y 13:2 del Instrumento de Gobierno, que establecen sus funciones de control y facultades.

oficio. La supervisión realizada no tiene, no obstante, consecuencias de carácter jurídico sancionador: el comité elabora una memoria sobre cada caso, y presenta anualmente al Parlamento un informe sobre las investigaciones realizadas, pudiendo iniciar en su caso acciones legales contra alguno de sus miembros, pero transfiriéndose en este supuesto el asunto a la jurisdicción<sup>224</sup>.

La garantía institucional o administrativa de los derechos sociales se muestra, pues, en los estados nórdicos, dotada de múltiples mecanismos que sirven a un mismo objetivo de fiscalización de todos los órganos que ostenten funciones administrativas. Si este control no tiene, habitualmente, consecuencias jurídicas sancionadoras que puedan asegurar el restablecimiento de derechos individuales, la relevancia de estas instituciones y el prestigio social que tienen sitúa su eficacia en otra óptica, basada en una lógica de cooperación y en el efecto que producen sus pronunciamientos en la opinión pública: su virtualidad radica, no tanto en el aseguramiento jurídico individual del derecho a cada persona –que es también relevante- sino en la consecución generalizada de una actividad administrativa de calidad, evitando la repetición de errores o prácticas que puedan perjudicar al individuo. Se trata, por tanto, de una garantía distinta a la de los órganos judiciales, que busca un constante cuestionamiento y revisión de los órganos administrativos como vía para aumentar la corrección y calidad de sus actuaciones.

#### ***b) La particular garantía jurisdiccional de los derechos sociales***

Al margen de las garantías administrativas o institucionales, los derechos sociales adquieren en los estados nórdicos una importante vía de aseguramiento a través de los órganos judiciales. El reducido reconocimiento constitucional de estos derechos hace que no se plantee, en estos sistemas, el problema de su exigibilidad directa ante los órganos jurisdiccionales<sup>225</sup>, sino que el problema de su garantía judicial viene dado por las posibilidades de reclamación de los derechos legislativos, que no aparecen establecidas de

---

<sup>224</sup> El carácter parlamentario y la composición política de este órgano hacen difícil, como ha señalado la doctrina, su configuración como instancia de control jurídico: a pesar de la importancia de un control del Gobierno y sus Ministros en su actuación administrativa, que no queda cubierta por otras instituciones de control, es difícil que se forme en estos comités una mayoría contraria o crítica con el Gobierno, y que los parlamentarios, no necesariamente juristas, lleven a cabo un control técnico riguroso de instituciones que tienen además sus próximas. Véanse en este sentido las críticas de HOLMBERG, Erik; *et alter*; *Grundlagarna*, 2 ed., Stockholm: Norstedts Juridik, 2006, p. 531. NERGELIUS, Joakim; *Svensk Statsrätt*, Lund: Studentlitteratur, 2006, p. 255. EKROTH, Jesper; "Några reflektioner angående konstitutionsutskottets granskning av regeringen", en BERGGREN, Niclas; KARLSON, Nils; NERGELIUS, Joakim; *Makt utan motvikt. Om demokratin och konstitutionalism*, Stockholm: City University Press, 1999, p. 225-226.

<sup>225</sup> Sólo en Finlandia, donde recientemente se ha producido una mayor regulación constitucional de derechos sociales, se ha planteado en cierta medida este debate, considerándose no obstante que

forma general sino que dependen, en cada ámbito, de su formulación y de la regulación legislativa correspondiente.

La garantía judicial de los derechos ha tenido desarrollos dispares en los diversos países nórdicos, adoptando éstos distintas estructuras judiciales y procedimientos. En Suecia y Finlandia, la existencia de dos jurisdicciones distintas, formadas por los Tribunales Administrativos y los Tribunales ordinarios, ha dado lugar a una garantía que se ha asumido ampliamente por la jurisdicción administrativa, si bien ha planteado problemas por la naturaleza de estos órganos, excesivamente próximos a instituciones de carácter puramente administrativo<sup>226</sup>. En Dinamarca y Noruega, por el contrario, este problema no se ha planteado de forma tan clara: la existencia de una única jurisdicción ordinaria, con poderes judiciales estrictamente diferenciados de las autoridades administrativas, ha llevado a un aseguramiento judicial de estos derechos con mayores garantías, en un procedimiento que no presenta grandes especialidades para el enjuiciamiento de la actuación administrativa. En ambos casos, no obstante, el control de la Administración se realiza en una vertiente esencialmente objetiva: la existencia de un derecho en la legislación no da lugar a procedimientos especiales, sino que los Tribunales controlan la adecuación de la actuación administrativa a la norma, sea ésta formulada como derecho o como obligación pública.

El control por los Tribunales de la actuación administrativa tiene, por lo general, una base constitucional explícita (art. 63 Constitución danesa, art. 11:1 Instrumento de Gobierno sueco, arts. 21 y 98 Constitución finlandesa), y se realiza a través de un único procedimiento o recurso que, si bien tiene algunos caracteres formales, se caracteriza por una amplia flexibilidad, aplicándose tanto ante la Administración como ante los órganos judiciales<sup>227</sup>. Este control ha tenido, no obstante, características singulares en los países nórdicos, donde ha sido aceptado con muchas dificultades, gozando la Administración de amplias facultades en muchos de sus ámbitos –sólo en Noruega se desarrolla tempranamente una tradición de control judicial administrativo-, y estableciéndose órganos judiciales específicos para su

---

<sup>226</sup> La existencia de dos jurisdicciones distintas en Suecia –y en Finlandia, que sigue el ejemplo sueco-, se remonta a principios del siglo XX, cuando la pérdida de funciones del monarca dio lugar a la creación de un Tribunal Supremo Administrativo, con el fin de que asumiera el enjuiciamiento de los casos administrativos correspondientes. De forma similar al sistema francés, la jurisdicción administrativa se creó inicialmente como un órgano superior especial, ante la consideración de los Tribunales ordinarios como incapaces para cuestionar a las autoridades administrativas y al Gobierno. Posteriormente, se creó toda una estructura de Tribunales administrativos inferiores, a través de la Ley 1971:289 sobre Tribunales Administrativos, y la Ley 1971:291 del Procedimiento Judicial Administrativo.

<sup>227</sup> Véanse, a este respecto, la Ley sueca 1971:291 de Procedimiento Judicial Administrativo, la Ley danesa de Administración de Justicia de 1916, modificada en diversas ocasiones; la Ley finlandesa 586/1996, de Procedimiento Judicial Administrativo, y la Ley noruega de procedimiento judicial de 1915, modificada recientemente en 2005.

control –especialmente, en Suecia y Finlandia-. La autonomía de la propia Administración – que no se sujeta a las órdenes o instrucciones de los Ministerios-, y el nombramiento de los Tribunales por el Gobierno, con dudosas condiciones de independencia, ha conllevado durante largo tiempo una distinción confusa entre los órganos administrativos y judiciales, que se acentuaba todavía más cuando, como ocurría en Suecia, el órgano supremo de la jurisdicción administrativa venía constituido por el propio Gobierno.

La ratificación por estos estados del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su incorporación a los propios ordenamientos dio lugar, no obstante, a una transformación profunda de este escenario: la aplicación a Suecia de diversas condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por incumplimiento del derecho a un proceso equitativo ante un Tribunal independiente e imparcial (art. 6 CEDH)<sup>228</sup>, condujo a la modificación de la estructura de Tribunales administrativos, con la creación de un órgano administrativo supremo que gozara de una real independencia respecto al Gobierno. No obstante, ello no ha dado lugar, en todos los casos, a un acceso a la jurisdicción general en materia de derechos sociales, sino que éste depende de su regulación específica, de acuerdo con las leyes que establezcan los recursos disponibles y los órganos que deben conocer de ellos en cada ámbito.

En Suecia, por ejemplo, algunos derechos admiten recurso únicamente ante la Administración, otros son apelables únicamente ante los Tribunales, y todavía otros combinan ambos tipos de garantía, de forma consecutiva o bien de forma alternativa, para distintos elementos de su contenido. Los derechos sociales a prestaciones económicas presentan, por lo general, una mayor garantía judicial y administrativa: las prestaciones económicas de seguridad social y prestaciones especiales, por ejemplo, tienen una plena exigibilidad administrativa y judicial, siendo en estos casos imprescindible el agotamiento previo de la vía administrativa (arts. 20:10 y 20:11 Ley 1962:381 de Seguro General); otros derechos también a prestaciones económicas, como la asistencia social y al apoyo a los discapacitados, admiten únicamente el recurso en vía judicial, obligando al particular a acudir directamente a la jurisdicción para su reclamación (art. 16:3 Ley 2001:453 de Servicios Sociales, arts. 9 y 27 Ley 1993:387 sobre Apoyo y Servicio a Ciertos Discapacitados).

Los derechos a prestaciones de servicio tienen en cambio una cierta fragmentación de las garantías en sus distintos aspectos y una menor garantía judicial y administrativa. Los

---

<sup>228</sup> Especialmente, en el STEDH *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, de 23 de septiembre de 1982 (C-7151/75, 7152/75). Véase sobre ello *infra* en este capítulo nota 242. Asimismo, el problema se planteó en el caso *Lassgård* (RÅ 1997 ref. 65), donde, a pesar de reconocerse el derecho a un proceso equitativo al recurrente, se produjo un conflicto negativo de competencias por el que ni los Tribunales ordinarios ni los Tribunales administrativos se consideraron competentes, impidiendo por tanto la realización del derecho a un juicio.

derechos educativos admiten, en determinados casos, la apelación ante la Junta de Apelación sobre Educación o la Junta Nacional de Educación<sup>229</sup>, si bien las posibilidades de acceso a la jurisdicción son muy restringidas<sup>230</sup>. En los servicios sociales, no existe la posibilidad de apelación en sede administrativa, y el acceso a la jurisdicción se prevé únicamente para ciertos aspectos secundarios del derecho –las condiciones de la prestación, pero no la exigencia de obtención de la prestación misma<sup>231</sup>-. Los servicios de salud admiten únicamente la apelación administrativa por responsabilidad disciplinaria del personal médico ante la Junta de Responsabilidad de Salud y Atención Sanitaria, cuya decisión puede ser apelada a su vez ante los Tribunales Administrativos<sup>232</sup>, a pesar de que en este caso la sentencia se dirige a la sanción del profesional correspondiente, y no al restablecimiento del derecho.

Ello contrasta no obstante con las amplias facultades de control que tienen por lo general los Tribunales en relación con la actuación administrativa. Si en los estados continentales el control judicial de la Administración se reduce habitualmente a la comprobación de su actuación de acuerdo con el principio de legalidad, en los sistemas nórdicos los órganos judiciales pueden entrar en mayor medida en la valoración de la adecuación de la actuación administrativa, reduciendo su ámbito de libre discrecionalidad. Así se refleja especialmente en Suecia, donde los Tribunales Administrativos tienen la facultad de revisar tanto la legalidad como la adecuación del acto administrativo recurrido, valorando los elementos de oportunidad y los criterios seguidos en la actuación administrativa y pudiendo, por tanto, no únicamente anular la decisión administrativa sino también modificarla o sustituirla por otra<sup>233</sup>. Ello se complementa, además, con el recurso frente a la actividad de los entes locales, que permite la

---

<sup>229</sup> Decisiones municipales sobre la admisión de alumnos en escuelas para discapacitados mentales o en escuelas especiales (art. 3:5 Ley 1985:1100 de Educación).

<sup>230</sup> Son susceptibles de recurso ante los Tribunales Administrativos las decisiones de los municipios relativas a la asistencia de los menores a la escuela o a permisos de actividades privadas de educación preescolar y de centros de día, así como las decisiones de la Junta Nacional de Educación Superior sobre el otorgamiento de becas de estudio (arts. 3:16, 2:19 y 2b:12 Ley 1985:1100 de Educación).

<sup>231</sup> La apelación judicial se prevé únicamente para ciertos aspectos, como la tasa que debe pagar el individuo, el traslado de la persona a otro municipio o el acceso a la documentación de una empresa privada sobre la propia persona (art. 8:4, 2:3 y 7:4 Ley 2001:453 de Servicios Sociales).

<sup>232</sup> Véase art. 7:1, 8:9 Ley 1998:531 sobre Actividad profesional en el Ámbito de la Salud y Atención Sanitaria.

<sup>233</sup> RAGNEMALM, Hans; “Administrative Appeal and Extraordinary Remedies in Sweden”, en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 20, 1976, p. 219. RAGNEMALM, Hans; *Administrative Justice in Sweden*, Stockholm: Juristförlaget, 1991, p. 237. STRÖMBERG, Håkan; LUNDELL, Bengt; *Allmän förvaltningsrätt*, Malmö: Liber, 2008, p. 173. Algo similar sucede en los sistemas de jurisdicción única: en Dinamarca, los Tribunales ordinarios han modificado su visión inicial, en la que se consideraban incompetentes para la valoración de los elementos discrecionales de la decisión administrativa, por una visión más reciente en que se consideran competentes, si bien matizando la intensidad del control en función del grado de fijación del comportamiento administrativo en la ley. Véase “The Danish Courts- an Organisation in Development”, en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 51, 2007, p. 581 y ss.

impugnación de los actos normativos o administrativos locales a toda persona que sea miembro del municipio o condado, atribuyendo a la jurisdicción el control de la legalidad de la actuación de dichos órganos<sup>234</sup>.

Las garantías jurisdiccionales de los derechos sociales revelan en gran medida, por tanto, la concepción propia de los estados nórdicos en relación con estos derechos. El carácter político del acto fundacional del Estado social nórdico, que no adquiere a pesar de la transformación de su constitucionalismo una plasmación fuerte en las constituciones escandinavas, supone una articulación mayoritariamente legislativa de los derechos sociales, cuya relevancia para la condición humana se refleja, no en un esquema de reconocimiento constitucional y fuertes garantías normativas y jurisdiccionales, sino en una regulación legislativa que los extiende a todos los individuos, y que sitúa en el control institucional de la Administración su mayor garantía.

### **C. La concepción limitada de los derechos económicos en el modelo nórdico**

El reconocimiento de los derechos económicos como elementos materiales que determinan, junto a los derechos sociales, el orden a realizar por los poderes públicos, ha tenido en los estados nórdicos un alcance durante un largo período fuertemente limitado. Si bien estos derechos –el derecho de propiedad y la libertad de empresa, en sus distintas formulaciones- se hallan reconocidos en las constituciones liberales iniciales de estos países, su efecto jurídico como límites a la configuración social legislativa ha sido muy matizado, debido a la propia concepción de los derechos constitucionales en estos estados (apartado i). La recuperación de su significado en los últimos años, por efecto esencialmente del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aproxima su regulación a la de los estados continentales, si bien sigue manteniendo particularidades (apartado ii). A ellas se limita la exposición que sigue, que no aborda todos los aspectos de estos derechos sino sólo aquellos necesarios para comprender sus especialidades.

#### **i. El reconocimiento de los derechos económicos y su naturaleza jurídica**

Los derechos económicos tienen en los estados nórdicos un tratamiento que sufre una particular evolución a lo largo de los dos últimos siglos. Su reconocimiento se produce ya en las primeras constituciones liberales, la ausencia de garantías y la concepción nórdica de los derechos constitucionales conducen durante un largo período a una matización de sus efectos,

---

<sup>234</sup> Los derechos a actuaciones de servicio adquieren así una cierta garantía judicial. Véase, por ejemplo en Suecia, el Capítulo 10 de la Ley 1991:900 del Gobierno Local, que regula los requisitos del recurso municipal.

quedando como entidades que podían sufrir importantes limitaciones en virtud del interés general. La influencia del Derecho internacional y europeo de los derechos humanos ha supuesto recientemente un refuerzo de estas disposiciones, que adquieren en los textos constitucionales mayores garantías.

*a) El reconocimiento de los derechos económicos en las constituciones liberales y su posterior relativización*

Las constituciones liberales de los estados nórdicos, inspiradas inicialmente en las revoluciones liberales continentales, reconocían, si bien con una estructura propia de la época y con formulaciones distintas, derechos de carácter económico. Las dos constituciones más antiguas de estos estados no hacían referencia propiamente a un “derecho de propiedad”, pero contenían una prohibición de privar al individuo de sus bienes: en Suecia, el Instrumento de Gobierno de 1809 establecía la prohibición de decomisar bienes muebles o inmuebles sin un correspondiente juicio o sin resolución judicial (art. 16); en Noruega, la Constitución de 1814 prohíbe la confiscación de tierras y bienes (art. 104), previéndose que si “el bienestar del Estado requiere que alguna persona renuncie a su propiedad para el uso público”, ésta debe recibir “plena compensación del Estado” (art. 105)<sup>235</sup>.

También la libertad de empresa adquiere una cierta presencia en estos textos, si bien tampoco lo hace propiamente como derecho reconocido a los individuos: se establece, en la Constitución noruega, la prohibición de establecer restricciones en la libertad de comercio de toda persona en el futuro (art. 101), y se prevé, en Dinamarca, la obligación de suprimir por ley “toda restricción al acceso libre e igual al comercio que no esté basada en el interés público” (art. 74)<sup>236</sup>. Se trata, en realidad, de obligaciones que incumben a los poderes públicos en orden a eliminar las restricciones creadas por las corporaciones durante el Antiguo Régimen, más que de derechos individuales que se reconozcan de forma directa al individuo.

Este cierto reconocimiento inicial de derechos y obligaciones económicas, sin embargo, vio posteriormente modificado su sentido inicial y ha revertido en un reducido efecto sobre la

---

<sup>235</sup> También la Constitución de Dinamarca reconocía ya el derecho de propiedad de forma muy fuerte: se establece que “el derecho de propiedad es inviolable”, y que “nadie puede ser obligado a renunciar a su propiedad excepto cuando lo requiera el interés público”, lo que deberá realizarse “de acuerdo con lo establecido por la ley y con plena compensación” (art. 73). En Finlandia, de forma similar, se establece la protección de la propiedad de toda persona, y se remite a la ley la regulación de la expropiación, por necesidades públicas y con plena compensación (art. 15 Constitución de 1999).

<sup>236</sup> Actualmente, también el Instrumento de Gobierno (art. 2:17) y la Constitución de Finlandia (art. 18) reconocen la libertad de comerciar y de elegir una profesión.

configuración social que realizan los poderes públicos. La ausencia de una concepción normativa de la Constitución, que estableciera estos derechos como elementos materiales directamente aplicables, supuso su consideración como aspectos orientadores o líneas directrices, susceptibles no obstante de limitación por los poderes públicos en aras a la realización del interés general. No ha existido en estos estados, durante la mayor parte del siglo XX, un contenido normativo de estos derechos que se haya aplicado directamente a los poderes públicos, lo que, unido a un Parlamento ampliamente socialdemócrata, ha dado lugar a una importante limitación y relativización del valor de estos derechos, que han sido sacrificados a menudo para la realización del interés general.

Así ha sucedido claramente en Suecia, donde la pérdida progresiva de efectividad de la norma fundamental a lo largo del siglo XX, junto con la influencia en este marco del realismo escandinavo y su reticencia a reconocer el valor normativo de los derechos<sup>237</sup>, dio lugar a una situación en que el derecho de propiedad podía ser fuertemente restringido, limitando el ejercicio de las diversas facultades de su titular y llegando, incluso, a su propia privación sin demasiadas garantías. La concepción de los autores realistas, según la que el derecho de propiedad no existía en sí mismo como tal sino únicamente en la medida de la protección que le otorgaran las leyes, suponía una comprensión opuesta al iusnaturalismo –que lo consideraba un derecho dado previamente al contrato social-, que implicó su consideración como derecho enteramente dependiente de la legislación: la propiedad no puede hallarse sino en el contexto de una determinada legislación que lo proteja, lo que sitúa su garantía como elemento enteramente dependiente de la voluntad del legislador<sup>238</sup>, pudiendo éste configurarlo libremente y limitar su contenido de acuerdo con sus intereses.

Este planteamiento se desarrolla posteriormente, extendiéndose a otros derechos pero adquiriendo especial incidencia en los derechos económicos. Los derechos subjetivos se consideran, en la visión de LUNDSTEDT, como situaciones favorables al individuo, surgidas de la regulación jurídica, y cuya protección depende de su servicio a los intereses sociales de la colectividad<sup>239</sup>. Los derechos económicos se conciben, así, como entidades que sirven al conjunto de la comunidad más que a los intereses individuales: su contenido viene

<sup>237</sup> Véase *supra* en este Capítulo Sección I.A.i.

<sup>238</sup> Véase HÄGERSTRÖM, Axel; *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, *op. cit.*, 1953, p. 4-5, p. 32 y ss. OLIVECRONA, Karl; "The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt", *op. cit.*, 1959, p. 130. STRÖMHOLM, Stig; "Human Rights and the Philosophy of Law" Adress at the Inauguration of the 21st IVR World Congress, en DAHLMAN, Christian; KRAWIETZ, Werner; *Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse*, 2005, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, p. 5.

<sup>239</sup> SCHMIDT, Folke; "The Uppsala School of Legal Thinking", *op. cit.*, 1978, p. 160. STRÖMHOLM, Stig; *Le "réalisme scandinave" dans la philosophie du Droit*, *op. cit.*, 1975.

determinado por la visión de su función general en la sociedad tal y como se establece por la ley, de acuerdo con los efectos y consecuencias que se considere deben producir para el conjunto de la población<sup>240</sup>, quedando el interés individual como elemento secundario en su regulación. La función social de estos derechos determina, así, enteramente la regulación de su contenido: ésta no constituye, como en los estados continentales, un elemento extraño al derecho que se introduce por efecto de las constituciones en la delimitación de su contenido, sino que en los estados nórdicos constituye el fundamento del reconocimiento de los derechos económicos, que alcanzan protección jurídica y existencia únicamente en la medida en que conlleven un beneficio para la comunidad.

Esta concepción socializada de los derechos individuales será recogida ampliamente por los líderes de la socialdemocracia en los años treinta e influirá en el tratamiento jurídico de la configuración social, especialmente en relación a la determinación del contenido de los derechos económicos por el legislador<sup>241</sup>. La legislación social de esta época refleja precisamente esta particular consideración: ésta no se halla determinada materialmente por derechos sociales que tengan superioridad normativa, pero tampoco los derechos económicos representan límites materiales a su regulación, pudiendo alcanzarse una reforma plena del orden social y económico, en la dirección que se desee según lo determinado por el proceso democrático. La debilitación de estos derechos posibilita, así, una amplia actividad de configuración social, realizada tanto a través de la vía impositiva como por medio de importantes planes y reglamentaciones que suponían a veces la privación de estas facultades económicas a los individuos. Si es cierto que ello no implicó tampoco una modificación del sistema económico, quedando éste garantizado por los acuerdos iniciales entre capital y trabajo, la ausencia de disposiciones constitucionales efectivas sobre la materia posibilitaban la realización de cambios en este sistema, sujeto únicamente a la voluntad política de las partes y a la regulación que el legislador considerara necesaria en virtud del interés general.

---

<sup>240</sup> Especial importancia tiene el marxismo y la lectura que de él hacen los realistas en esta concepción de los derechos. El amplio conocimiento del marxismo por Hägerström influenciaría a todos los autores del realismo escandinavo, y a la concepción de los derechos en relación con la sociedad, a través de la idea de la determinación de su contenido según su función para el conjunto de la comunidad. Sobre ello, VON BAUMGARTEN, Fredrik; "Den idéhistoriska perspektivet", en SUNDBERG, Jakob (ed.); *Sporrong-Lönnroth: en handbok*, Stockholm, Institutet för offentlig och internationell rätt, 1985.

<sup>241</sup> Esta influencia se refleja en el programa del Partido Social-demócrata en 1920, que afirma la voluntad de suprimir la propiedad privada capitalista de los medios de producción y de colocarla "bajo el control y posesión de la sociedad". VON BAUMGARTEN, Fredrik; "Den idéhistoriska perspektivet", *op. cit.*, 1985. También sobre esta influencia, KÄLLSTRÖM, Staffan; "Philosophy and Society. The Uppsala School of Philosophy and the Present Political Debate in Sweden", *op. cit.*, 1988, p. 72.

Únicamente a partir de la transformación del constitucionalismo nórdico, y especialmente a través de la influencia de las estructuras internacionales y regionales europeas, se producirá una cierta recuperación del significado de los derechos económicos, atribuyéndoles por primera vez un contenido normativo que vincula a los poderes públicos. Con ello se produce, en estos estados, la sujeción de elementos del sistema económico a nivel constitucional, estableciéndolos por primera vez como aspectos no susceptibles de modificación.

### **b) La recuperación de los derechos económicos**

Las insuficiencias de la concepción nórdica de los derechos en cuanto a la protección de la esfera privada del sujeto han dado lugar, en las últimas décadas, a una transformación de su constitucionalismo que afecta especialmente a la regulación de los derechos económicos. La concepción escandinava clásica, que subordinaba estos derechos a una regulación por ley que determinaba libremente su contenido, queda superada a partir de los años noventa, cuando estos estados incorporan definitivamente a sus ordenamientos el Convenio Europeo de Derechos Humanos convirtiéndolo en Derecho directamente aplicable, y adoptan asimismo – salvo el caso de Noruega- el acervo que supone el Derecho de la Unión Europea en materia de derechos humanos.

La influencia de estos instrumentos internacionales en estos estados se había ido expresando ya anteriormente, sobre todo a partir de la ratificación de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especialmente en Suecia, esta jurisdicción puso en cuestión la compatibilidad de la regulación del derecho de propiedad en relación con el Convenio, lo que dio lugar en este estado a una posterior modificación constitucional reforzando el contenido de este derecho. En el asunto *Sporrong y Lönnroth*, el Tribunal declaró, en relación con la legislación sueca sobre planificación urbanística y expropiación, la violación del derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo 1 del CEDH) y del derecho a obtener un proceso equitativo (art. 6 CEDH)<sup>242</sup>, en cuanto ésta permitía al Gobierno, en ciertas

---

<sup>242</sup> STEDH *Sporrong y Lönnroth c. Suecia*, de 23 de septiembre de 1982 (C-7151/75, C-7152/75). Se trataba de la Ley 1917:189 de expropiación, y los artículos 14 y 15 de la Ley 1947:387 de construcción. En el caso, dos ciudadanos suecos reclamaron por los perjuicios sufridos tras la afectación de sus propiedades por un permiso de expropiación zonal y una prohibición de construcción que se fueron extendiendo sucesivamente, hasta alcanzar un total de diez y cinco años respectivamente. El Tribunal establece que, a pesar de no tratarse propiamente de una expropiación, y a pesar de no prohibirse la enajenación de la propiedad, la duración de este permiso afectaba en la práctica seriamente al ejercicio del derecho por los propietarios, e incluso a su propio contenido, puesto que implicaba que toda expropiación sería legal en cualquier momento e independientemente de las circunstancias concretas (FJ 60). El Tribunal considera que la combinación de estas medidas, y especialmente la ausencia de un límite temporal para realizar la expropiación en la Ley de 1917, constituía una carga excesiva para los propietarios, que éstos además no podían remediar puesto que no existían posibilidades de dirigirse a la jurisdicción. Por ello, la propia situación jurídica en la que se encontraban los propietarios no contenía un

circunstancias, la emisión de permisos de expropiación generales por zonas y el establecimiento de prohibiciones de construcción sin un límite temporal definido, suponiendo para los individuos la espera de la indemnización indefinidamente hasta la ejecución definitiva de la expropiación, y sin una garantía de recuperación del pleno valor del bien<sup>243</sup>.

La consideración por el Tribunal de los efectos prácticos sobre el derecho de propiedad de los reclamantes, no únicamente por las afectaciones sufridas en el caso concreto sino por la naturaleza de la propia legislación a la que se hallaban sujetos, supuso por primera vez la aplicación de un límite material externo a la legislación de configuración social sueca, que alteraría la concepción del derecho de propiedad significativamente. El Tribunal consideró que la propia legislación aplicable al caso era incompatible con el derecho de propiedad garantizado en el Convenio, por cuanto, si bien no limitaba jurídicamente las facultades de uso y disposición del bien por los propietarios, afectaba, con la configuración jurídica de los permisos de expropiación, al ejercicio del derecho por los propietarios, y lo hacía de una forma excesiva, haciéndoles soportar una carga desproporcionada en relación con los intereses generales de la comunidad (FJ 69 a 73)<sup>244</sup>.

La concepción de los derechos individuales propia del nivel europeo, que se inspira ampliamente en su concepción continental, se impone así como límite material al legislador sueco, presentando ciertas exigencias que éste debe cumplir en su actividad de configuración social. Los derechos no constituyen, según el razonamiento del Tribunal, elementos cuya función social permita imponer al sujeto cualquier tipo de carga necesaria para el interés de la comunidad, sino que la función social de los mismos, si bien puede matizar su contenido en relación con intereses públicos o del conjunto de la sociedad, no puede negar su existencia

---

equilibrio adecuado entre sus intereses y el interés público, lo que constituía una violación del art. 1 Protocolo 1 CEDH (FJ 73).

<sup>243</sup> La Ley 1917:189 de expropiación fue modificada en ciertas disposiciones por la Ley 1947:387 de planificación y construcción, y derogada posteriormente por la Ley 1971:719 de expropiación. Esta ley preveía modalidades de afectación del derecho a la propiedad que no eran propiamente una expropiación, y que no daban lugar por ello a una correspondiente indemnización. La Ley de 1917 preveía inicialmente la atribución al propietario de una compensación que debía ser determinada de acuerdo con el valor total del edificio (art. 7). Posteriormente, se suprimió el término “total”, por cuanto se consideró que daba lugar a compensaciones demasiado elevadas. Véase sobre ello, SOU 2007:29, *Hur tillämpas expropriationslagens ersättningsbestämmelser?*, p. 18 y ss.

<sup>244</sup> En su informe de 1967, el Ombudsman parlamentario ya había alertado contra esta situación, poniendo de relieve los efectos negativos de una legislación que implicaba que los propietarios tuvieran que soportar las consecuencias de una prohibición que se imponía principalmente en el interés de la comunidad. Según el informe, este sistema era irreconciliable con las exigencias de un Estado de Derecho, y se proponían por ello soluciones como la fijación de un tiempo límite para los permisos de expropiación y las prohibiciones temporales, el derecho del propietario a exigir una compensación por cualquier pérdida sufrida, o la imposición de una obligación al municipio de adquirir la propiedad pasado un cierto tiempo. *Justitieombudsmannens ämbetsberättelse* 1967, p. 478-479.

como derechos individuales, que confieren por tanto al particular facultades concretas y ejercitables.

La concepción de los derechos económicos –y con ello la de los demás derechos de la esfera privada del individuo- sufre a partir de aquí una transformación progresiva pero generalizada, hacia un más extenso y efectivo reconocimiento constitucional. El sujeto ve así reforzada la vertiente individual de sus derechos, que se establecen como facultades de los particulares y adquieren una mayor protección por los Tribunales. En este proceso se inscribe la aprobación del Instrumento de Gobierno de Suecia en 1974, que reconoce el derecho de propiedad<sup>245</sup>, y sobre todo su posterior reforma en 1994, que refuerza sus garantías: se establece la protección de bienes muebles e inmuebles, previendo la expropiación únicamente por razón de intereses públicos urgentes, y reconociendo un derecho a la indemnización frente a la expropiación y a otros tipos de limitación similares, que asegura al individuo una compensación por la totalidad del valor del bien (art. 2:15 IG)<sup>246</sup>.

Ello implica, en los estados nórdicos, la recuperación o establecimiento de un cierto contenido normativo de los derechos económicos, que se sitúa en el interés individual como elemento objeto de protección. La influencia del Derecho internacional de los derechos humanos, construido sobre una concepción similar a la de los países continentales, desplaza a los sistemas escandinavos hacia una mayor garantía normativa de estos contenidos, exigiendo no únicamente su aseguramiento frente al legislador, sino limitando también la virtualidad que puede tener la función social de estos derechos en su regulación. La anterior flexibilidad de los estados nórdicos en cuanto a la elección y regulación del sistema económico queda, de este modo, ciertamente matizada. La garantía obligatoria de estos derechos supone, si no la constitucionalización de un modelo económico determinado, sí la limitación de las facultades de configuración de la esfera económica por el legislador, impidiendo cualquier modificación radical que suponga su desconocimiento.

---

<sup>245</sup> El Instrumento de Gobierno de 1974 recogía una protección matizada del derecho de propiedad: “todo ciudadano tendrá asegurada una indemnización según las bases que se establezcan por ley para el caso de que su propiedad se tome por expropiación o una institución similar” (art. 2:18). Según el comité encargado de la reforma de 1976, el punto clave de la protección de la propiedad se hallaba en que la regulación de la compensación sólo se podría establecer por ley, entendiéndose que dicha ley no podría prever una compensación sólo simbólica, que vaciara de contenido el derecho. Prop. 1975/76:209 *om ändring i regeringsformen*, p. 62.

<sup>246</sup> Véase sobre esta modificación, Prop. 1993/94: 117 *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri-och rättighetsfrågor*, p. 13 y ss. Así se refleja asimismo en la legislación, donde desde 1971 se limita la expropiación a determinados motivos establecidos, y se establece la regla de indemnización por el valor de mercado del bien expropiado (Ley 1971:719 de expropiación). También en Finlandia la Constitución de 2000 recoge el derecho de propiedad, con garantías similares: se prevé la protección de la propiedad de toda persona, remitiendo a la ley las disposiciones sobre la expropiación, pero limitando esta operación a los casos de necesidad pública y exigiendo una compensación plena (art. 15).

## ii. El contenido de los derechos económicos y su protección normativa

El contenido de los derechos económicos, como disposiciones normativas que condicionan materialmente la actividad legislativa, tiene un desarrollo reciente en los estados nórdicos, que se produce, conforme a la evolución expuesta, únicamente a partir del último tercio del siglo XX. Este contenido se inspira ampliamente en la regulación internacional de estos derechos, y se aproxima por tanto en gran medida a su concepción continental. Sus garantías normativas, no obstante, siguen teniendo en cierta medida una menor intensidad, pudiendo el legislador determinar en algunos supuestos el valor de la compensación con cierta libertad.

### a) *Un contenido de nueva construcción constitucional*

La determinación del contenido de los derechos económicos viene dada en los estados nórdicos por diversas vías. En unos casos, se produce una reforma constitucional que inserta el derecho de forma nueva en la norma fundamental, con unos rasgos similares a la construcción europea y continental del derecho. En otros supuestos, la modificación se produce por vía de la interpretación de una disposición ya existente, que no queda reformada a nivel positivo pero que adquiere un nuevo significado constitucional. En todo caso, no obstante, se produce una inversión de la lógica inicial de los países nórdicos: no es la función social de estos derechos lo que determina su contenido, sino que ésta se convierte en elemento que matiza el interés individual protegido, que queda fijado como interés determinante del contenido del derecho, por encima de los intereses colectivos.

Esta nueva forma de determinación del contenido de estos derechos tiene especial reflejo en el derecho a la propiedad, que queda fuertemente determinado en los estados nórdicos por la interpretación realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En Suecia, la incorporación del Convenio Europeo de Derechos Humanos al ordenamiento interno se produce en el mismo momento en que se reforma el Instrumento de Gobierno (1994), reforzando el reconocimiento del derecho de propiedad y dotándolo de mayores garantías<sup>247</sup>. El contenido de este derecho, concebido, desde su regulación en el Instrumento de Gobierno de 1974, como derecho de defensa frente a las privaciones realizadas por los poderes públicos

---

<sup>247</sup> El debate en relación con la reducida protección que tenía el derecho de propiedad anteriormente se había iniciado ya en los años ochenta, cuando diversas leyes socialistas pusieron de relieve la débil protección de este derecho. En concreto, el debate se generó por la Ley de 1983 sobre fondos de asalariados, por la que se concedía a éstos participación en los beneficios de la empresa; la Ley de 1985 sobre pesca libre, en que autorizaba la pesca en propiedades privadas; y la Ley de 1986 sobre impuesto a determinadas compañías aseguradoras. Véase ALGOTSSON, Karl-Göran; *Åganderätt och demokrati*, SNS Förlag, Stockholm, 2001, p. 15 y ss.

o por otros particulares, se extiende con la reforma constitucional de 1994 a la propiedad de bienes inmuebles y tierras –no contemplados anteriormente-, y pasa a incluir, junto a las situaciones de total privación, las limitaciones que afectan al uso y disposición del derecho (art. 2:15 Instrumento de Gobierno)<sup>248</sup>.

Ello se produce por la influencia de la interpretación del derecho de propiedad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo objeto ha sido considerado de forma amplia, incluyendo no únicamente bienes materiales sino también otros derechos, así como bienes de carácter inmaterial. La protección se extiende así, en el ordenamiento sueco, a las facultades de uso de los bienes, y se amplía a objetos frecuentemente afectados por las actuaciones públicas, como los bienes inmuebles y las propiedades agrarias. El contenido del derecho protegido viene determinado, por tanto, por el ejercicio de ciertas facultades individuales –disposición, uso, goce-, que se proyectan sobre todo tipo de bienes, con especial mención de las tierras y de los bienes inmuebles. Se trata, como se ha señalado en la doctrina, de una protección similar a la que ofrece el Convenio, y de mayor intensidad que la que existía anteriormente en este sistema<sup>249</sup>.

La formulación del derecho, a pesar de referirse a los intereses sociales como aspecto que puede motivar una restricción o privación, implica que la función social no determina propiamente el contenido del mismo, sino que adquiere relevancia únicamente como justificación de los límites impuestos a las facultades individuales. No existe, en las constituciones nórdicas, una disposición específica que establezca la existencia de obligaciones para el titular de la propiedad, sino que el énfasis se pone, de acuerdo con las circunstancias del reconocimiento de este derecho, en la protección de las facultades individuales, que deben quedar garantizadas ante la actuación pública de configuración social<sup>250</sup>.

En relación con la libertad de empresa, la determinación de su contenido viene también marcada por las facultades individuales, con escasas referencias a los intereses generales o sociales. En Suecia, este derecho se introduce en el Instrumento de Gobierno también en la

---

<sup>248</sup> Véase en relación con las motivaciones de estos cambios Prop. 1993/94:117, p. 15 y ss.

<sup>249</sup> Véase en este sentido NERGELIUS, Joakim; “Hur påverkas svensk äganderrättsdebatt av Europadomstolens praxis?”, en ÅHMAN, Karin (ed.); *Äganderrätten - dess omfattning och begränsningar*, Iustus Förlag, Uppsala, 2009, p. 85 y ss.

<sup>250</sup> Lo mismo ocurre en otras disposiciones constitucionales que reconocen el derecho de propiedad en estos estados: en Noruega, los intereses sociales se contemplan únicamente en referencia a la posibilidad de expropiación (art. 105); en Dinamarca, el interés público aparece como causa que permite la privación de la propiedad (art. 73.1); y una regulación parecida se produce en Finlandia, donde la existencia de necesidades públicas se menciona únicamente en relación con la regulación de la expropiación (art. 15).

reforma de 1994, y se formula como derecho a practicar el comercio o a ejercer una profesión, que puede ser únicamente limitado para proteger intereses públicos urgentes (art. 2:17 actual). A pesar de tener en este ordenamiento una larga tradición, como derecho derivado de la libertad de los ciudadanos, no se hallaba anteriormente una regulación general del mismo, sino que existía únicamente una pluralidad de regulaciones que lo restringían por diversas razones –seguridad, protección de la salud, protección de los trabajadores–, configurándolo como un derecho fuertemente limitado<sup>251</sup>. Por ello, su reconocimiento en el Instrumento de Gobierno toma como punto de partida el principio de igualdad, con un contenido que supone la garantía a todos de la posibilidad de competir en condiciones iguales<sup>252</sup>: se establece, así, que la limitación de la libertad de empresa, será posible sólo en orden a proteger intereses públicos urgentes, y no puede tener como objetivo el favorecimiento de los intereses económicos de una persona o empresa concretos, actuando como derecho de contenido igualitario.

La determinación del contenido de este derecho sigue estando, no obstante, fuertemente centrada en las facultades individuales de su titular para ejercer y practicar una empresa o actividad profesional. Es cierto que aparece ya en los trabajos preparatorios la facultad de limitar el derecho en virtud de intereses sociales, y que su reconocimiento se produce sólo en la medida en que garantice a todos unas mismas facultades y limitaciones. Pero el interés general se menciona únicamente como motivo que permite una restricción externa de estas facultades, y no como elemento que determine internamente el contenido constitucionalmente protegido.

La existencia, en estos estados, de una función social de estos derechos evidente durante largo tiempo en su regulación legislativa, junto con la ausencia de una teoría constitucional depurada que distinga entre la delimitación y el límite de los derechos, supone un reconocimiento normativo que consagra un contenido basado en la protección efectiva de las facultades individuales –largamente negligidas–, más que en el aseguramiento de su función social para la determinación de su contenido.

---

<sup>251</sup> Precisamente esta necesidad de posibilitar su limitación había actuado, anteriormente, como impedimento para su reconocimiento a nivel fundamental: se hacía difícil dotar a este derecho de un contenido real, a la vista de las posibilidades de limitación que necesariamente deben existir. Véase la Prop. 1993/94:117, p. 20 y ss.

<sup>252</sup> Prop. 1993/94:117, p. 21.

***b) Los límites a los derechos económicos y su protección normativa***

La formulación de los derechos económicos en los estados nórdicos pone énfasis en su carácter defensivo y en la garantía normativa que suponen frente a las intervenciones del legislador sobre su contenido. Su reconocimiento bajo las fórmulas “nadie puede ser obligado por expropiación o procedimiento similar a ceder la propiedad” (art. 2:15 Instrumento de Gobierno sueco), o “las tierras y bienes no podrán ser en ningún caso objeto de decomiso” (art. 104 Constitución noruega), ponen de relieve la naturaleza defensiva de estos derechos, que se establecen como límites a la actuación pública, garantizando normativamente un contenido individual que los poderes públicos deben respetar. La posibilidad de limitar estos derechos, y de negar incluso totalmente su contenido bajo ciertas condiciones de compensación, aparece no obstante también en dichas constituciones, dando lugar a una protección normativa de notable intensidad para el particular.

La evolución en este ámbito ha sido notable en estos ordenamientos. En relación con el derecho de propiedad, sólo aparecía inicialmente en las constituciones nórdicas el instituto de la expropiación, con una referencia abstracta a la necesidad de compensación. Posteriormente, la brevedad e insuficiencia de estos enunciados ha dado paso a nuevas regulaciones, incluyéndose otras posibilidades de limitación de su contenido más acordes con la realidad y precisándose en cierta medida los criterios de dicha compensación, así como sus garantías. En Suecia, por ejemplo, la regulación inicial del derecho, que sólo hacía referencia a la posibilidad de realizar una expropiación por intereses públicos urgentes y a la necesidad de establecer una compensación en caso de privación, se extiende posteriormente, introduciendo una nueva forma de limitación y mayores garantías para el derecho: la reforma de 1994 establece la posibilidad de restricción del uso de bienes inmuebles y tierras, en virtud de intereses públicos urgentes, y la modificación de 2012 introduce los criterios de valoración de la compensación, que debe ser una indemnización “plena” (art. 2:15)<sup>253</sup>.

La posibilidad de limitación del derecho se halla, pues, expresamente reconocida y subordinada a la existencia de “intereses públicos urgentes”. Éstos deben interpretarse, según los trabajos preparatorios, como intereses de protección de la naturaleza y el medio ambiente, o de necesidades sociales de construcción de viviendas, carreteras, u otras vías de

---

<sup>253</sup> Ello responde a la incertidumbre que se había creado con la anterior reforma de este artículo, que no preveía expresamente el carácter pleno de la compensación, si bien se establecía en los trabajos preparatorios que la indemnización razonable en caso de privación debía cubrir el valor pleno del bien. Véase Prop. 2009/10:80, p. 166 y ss.

comunicación<sup>254</sup>. La referencia al carácter urgente de los mismos, que aparece sólo en la Constitución sueca, denota una voluntad de limitar en mayor medida la restricción de estos derechos, a pesar de que no se han establecido los criterios que puedan servir para valorar dicha urgencia, lo que conduce finalmente a una cierta libertad del legislador en la determinación de la importancia de dichos intereses.

Esta cierta libertad del legislador contrasta en Suecia, no obstante, con la previsión expresa de garantías de compensación que se aplican, no únicamente en el caso de expropiación, sino también en el caso de limitaciones al uso o goce de los bienes. Si en los demás estados nórdicos ello no ha tenido reflejo en las normas fundamentales, el Instrumento de Gobierno sueco prevé una garantía indemnizatoria para los casos de limitación del uso de un bien inmueble o de un terreno, cuando ésta sea de tal naturaleza que provoque un daño significativo o una restricción notable del derecho. Esta garantía no se aplica sobre la pérdida de expectativas sobre un determinado bien producidas por efecto de su nueva afectación, ni sobre limitaciones que se funden en razones de protección de la salud, del medio ambiente, o de seguridad<sup>255</sup>, pero su mantenimiento en otros casos muestra la fuerte protección que ha adquirido el derecho de propiedad en este sistema. Las prácticas habituales que se habían dado anteriormente, afectando el uso de los bienes inmuebles de forma indefinida, quedan actualmente protegidas por una garantía compensatoria que se aplica también a dichas limitaciones, no impidiendo la utilización de dichos instrumentos pero sí asegurando al individuo una cierta seguridad en la recuperación del valor del bien.

La valoración de dicha compensación ha sido también en este sistema objeto de controversia. Si en los demás estados nórdicos las normas fundamentales prevén la existencia de una compensación “plena” ante la expropiación (art. 105 Constitución noruega, art. 15 Constitución finlandesa, art. 73.1 Constitución danesa), en Suecia dicha previsión no se introdujo hasta la reforma del Instrumento de Gobierno de 2012, remitiéndose anteriormente su cálculo a los principios y métodos establecidos por ley, lo que había dado lugar a múltiples interpretaciones en la doctrina<sup>256</sup>. Esta ausencia de previsión constitucional, debida a la existencia en la legislación de ciertos casos en que la compensación no era necesariamente

---

<sup>254</sup> Véase Prop. 1993/94:117, p. 16.

<sup>255</sup> Véase Prop. 2009/10:80, p. 164.

<sup>256</sup> Para algunos autores, el texto literal de la norma fundamental daba a entender, aunque no lo estableciera expresamente, que la indemnización debía cubrir el pleno valor del bien; para otros, se trataba de una indemnización que debía ser normalmente plena, pero que aceptaba en ciertos casos limitaciones. En el primer sentido, PETRÉN, Gustaf; RAGNEMALM, Hans; *Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar*, op. cit., 1980, p. 85. En el segundo, BENGTTSSON, Bertil; *Ersättning till offentliga ingrepp: allmänna ersättningsprinciper*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1991, p. 151.

plena en relación con bienes inmuebles, se ha paliado con la reforma de 2012, si bien poniendo énfasis en el mantenimiento de un espacio al legislador para establecer reglas sobre su valoración<sup>257</sup>.

La protección normativa del derecho de propiedad adquiere pues, en los estados nórdicos, una fuerte intensidad a través de su regulación constitucional. Incluso en Suecia, donde la protección de este derecho había generado mayores problemas, se establece una regulación que contempla un contenido amplio del derecho, y que prevé importantes garantías, no sólo ante su privación sino también en el caso de una limitación significativa. Si es cierto que la definición de los intereses públicos que pueden justificar dichas limitaciones queda entregada con notable libertad al legislador, a quien corresponde valorar su urgencia y su ponderación con los intereses privados, la garantía de una compensación plena supone el aseguramiento en todo caso de una cierta seguridad al individuo, garantizando la protección de sus intereses, aunque sea en forma de equivalente económico. Toda la problemática se sitúa, entonces, en la determinación del umbral a partir del cual una limitación adquiere tal significación que equivale a una privación total del bien, requiriendo una correspondiente indemnización: si en los estados continentales ésta sólo se prevé para el caso de una expropiación total, en el sistema sueco la protección del individuo parece ir más allá, asegurándole frente a las afectaciones excesivas en el uso de un bien<sup>258</sup>.

En relación con la libertad de empresa, no se ha producido en los estados nórdicos un debate tan amplio, reconduciéndose a menudo sus limitaciones a los criterios que rigen el derecho de propiedad. De acuerdo con su enunciado en las constituciones nórdicas, este derecho se formula también con una naturaleza esencialmente defensiva, que impide al Estado una intervención en el acceso y ejercicio de una empresa o profesión, salvo que ello esté justificado por intereses públicos relevantes (art. 2:17 Instrumento de Gobierno sueco, art. 74 Constitución danesa, art. 101 Constitución noruega). La limitación de este derecho es pues posible, en virtud de los intereses que el poder público considere relevantes, si bien no se prevén expresamente instituciones como la intervención de empresas o la posibilidad de socialización.

---

<sup>257</sup> Véase Prop.2009/10:80, p. 167.

<sup>258</sup> La misma concepción se halla presente en otros estados, a pesar de que no haya sido finalmente introducida a nivel fundamental. En Noruega, la propuesta para la inclusión de un catálogo de derechos en la Constitución (2009) estableció que la protección frente a las limitaciones al uso y goce de este derecho debería estar mejor regulada en el Derecho positivo, pero rechazó la posibilidad de incluirlo en el texto de la Constitución, considerando que el debate debe darse a nivel legislativo y en la práctica jurídica. Véase *Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*, de 19 de diciembre de 2011, p. 197.

La garantía normativa de este derecho se sitúa en la protección constitucional de este contenido, cuya limitación deberá seguir las condiciones generales de la limitación de derechos –por ejemplo, en Suecia, las determinadas por el artículo 2:20 del Instrumento de Gobierno<sup>259</sup>-, además de los requisitos establecidos en el propio precepto. La reserva a la ley de dicha limitación, que se contempla en algunas constituciones nórdicas –por ejemplo, el artículo 2:17 del Instrumento de Gobierno sueco-, se ha interpretado no obstante como reserva relativa, que no impide, bajo la autorización por ley del Parlamento, la decisión sobre tal limitación al Gobierno o, por delegación, a la autoridad administrativa correspondiente<sup>260</sup>. Estos órganos podrán, de acuerdo con las bases articuladas por ley, establecer las restricciones al derecho que consideren pertinentes, siempre que no supongan un desfavor a un sujeto privado concreto, y que tengan un resultado neutral a nivel competencial. Este último requerimiento no se establece expresamente a nivel constitucional, pero deriva, según los trabajos preparatorios del Instrumento de Gobierno sueco, del acervo proveniente de la Unión Europea, y de la propia legislación sueca sobre la concurrencia<sup>261</sup>.

Las limitaciones absolutas del derecho a la libertad de empresa se han valorado, no obstante, por relación a los criterios expropiatorios establecidos a nivel fundamental, considerándose una privación del derecho de propiedad sobre la empresa. Así se ha reflejado por ejemplo, en Suecia, en relación con la decisión parlamentaria de supresión de la energía nuclear, y de cierre de determinadas centrales en 1998, sustentada por el Gobierno<sup>262</sup>. La prohibición del ejercicio de su actividad a estas centrales nucleares, de titularidad privada, supuso una restricción a la libertad de empresa, que fue valorada no obstante, por su carácter absoluto, en atención a los criterios de expropiación establecidos para el derecho a la propiedad. La determinación de la compensación adecuada, así como la valoración de los intereses que justificaban dicha decisión, siguieron los criterios previstos en la norma fundamental y en la legislación para los casos de expropiación, no existiendo en el

---

<sup>259</sup> Véase sobre ello *supra* en este Capítulo Sección II.B.ii.

<sup>260</sup> En Suecia, según el Instrumento de Gobierno, las restricciones que afecten a la esfera individual económica de la persona se reservan a la ley (art. 8:2), pero ello no impide la autorización al Gobierno para efectuar dicha limitación (art. 8:3), ni su delegación a la Administración, siempre que esté prevista en la ley (art. 8:10).

<sup>261</sup> Véase Prop. 1993/94:117, p. 22.

<sup>262</sup> La decisión se adoptó tras un referéndum celebrado en 1980, que vinculaba al Estado para el desmantelamiento de las centrales nucleares antes de 2010. La ley del Parlamento, que atribuía al Gobierno la facultad de cerrar una central nuclear, dio lugar posteriormente al cierre por el Gobierno de una central privada (*Barseback*), lo que generó una amplia controversia sobre el derecho a la propiedad y el trato discriminatorio respecto a centrales públicas. Véase BULL, Thomas; “Constitutional issues in Sweden”, en *European Public Law*, vol. 5, núm. 2, 1999, p. 209.

ordenamiento sueco otra norma que específicamente contemple la privación absoluta de este derecho.

En definitiva, los derechos económicos se establecen en los estados nórdicos con un contenido de naturaleza esencialmente defensiva, en el que los intereses sociales y generales pueden actuar como razones justificativas de sus limitaciones. Incluso las limitaciones intensas del uso o goce de la propiedad, aunque no supongan una privación total del derecho, se sujetan a dichas garantías, lo que muestra la intensa protección que adquieren estas entidades en el constitucionalismo nórdico reciente. Únicamente la valoración de los intereses públicos por el legislador en su limitación introduce un elemento de cierta debilitación de estos derechos, permitiendo la matización de las facultades individuales en virtud de su función social: si ello permite una cierta configuración del legislador en el ámbito económico, la importancia constitucional actual de estos derechos muestra la aceptación en estos estados de una implícita relación entre constitucionalismo y propiedad, que parece conectar la garantía de la libertad individual a un determinado sistema económico. La protección de los derechos individuales a través de las normas constitucionales, propia de la Europa continental, supone al mismo tiempo la aceptación de ciertos elementos normativos del sistema económico, que adquieren protección a nivel fundamental en tanto que ligados al libre desarrollo personal. Los estados nórdicos abandonan, así, la vía parlamentaria absoluta, aceptando la determinación normativa de los elementos económicos, que adquieren una prevalencia condicionante de todo el proceso de configuración social.

### **SECCIÓN III. ELEMENTOS FORMALES DEL MODELO NÓRDICO DE ESTADO SOCIAL**

El modelo nórdico de Estado social se caracteriza por el establecimiento de una serie de elementos formales que permiten al poder público una amplia intervención en el sistema económico, a través de diversas formas. A diferencia de los estados continentales, donde estos instrumentos vienen especialmente sancionados por las normas fundamentales, los países escandinavos construyen estos mecanismos inicialmente al margen del Derecho constitucional, a pesar de que algunos de ellos se hayan incorporado posteriormente a los textos constitucionales. Estos elementos formales vienen constituidos, en un sentido amplio, tanto por la configuración institucional existente en estos estados como por las posibilidades de intervención en la economía. No obstante, la exposición se centrará en estos últimos

mecanismos, siendo los que plantean una mayor especialidad en el Estado social, y pudiendo verse a través de ellos los elementos institucionales.

La ausencia de una extensa regulación constitucional sobre estos instrumentos, y la escasa formalización jurídica de su utilización, hace difícil su identificación y tratamiento desde el punto de vista del Derecho, debiendo buscarse a menudo su lógica interna en motivaciones económicas y políticas. La cuestión que se plantea en relación con ellos sigue siendo, no obstante, una cuestión jurídica: se buscan los principios jurídicos que rigen su aplicación concreta, que quedan a menudo subyacentes a las regulaciones de detalle, y las características de los poderes y facultades que, en vista a la realización de los elementos materiales, adquiere el poder público en el Estado social. Igual que en los estados continentales, las facultades del Estado se clasifican jurídicamente según la función implicada: se hablará, así, de instrumentos reguladores, que establecen una ordenación o reglamentación de ciertos aspectos del sistema económico; y de instrumentos administrativos, que permiten una intervención del poder público en la economía, incidiendo y alterando las reglas habituales del funcionamiento del sistema económico.

### **A. Instrumentos reguladores**

Los instrumentos reguladores representan un primer tipo de mecanismos que se refieren a las facultades de ordenación de determinados sectores de la realidad económica, en aras a la realización de ciertos elementos materiales del Estado social. En el modelo nórdico, la función reguladora no se halla especialmente teorizada, debido a una concepción del Derecho que es eminentemente práctica y que considera las normas jurídicas como herramientas para la consecución de fines políticos<sup>263</sup>. Sin embargo, existe igual que en los estados continentales una distinción entre funciones del Estado, entre las que se encuentran, por un lado, la regulación, identificada de forma clásica con la elaboración de normas jurídicas generales sobre una materia –tanto por el legislador como por autoridades administrativas-, y por otro lado, la aplicación administrativa, consistente en la adopción de actos administrativos concretos de aplicación del Derecho, que no implican la producción de normas dotadas de generalidad<sup>264</sup>. Si es cierto que en los últimos años la noción de regulación ha adquirido un significado más amplio, incluyendo prácticas de control y seguimiento de determinados

---

<sup>263</sup> Véase BERNITZ, Ulf. "What is Scandinavian Law? Concept, Characteristics, Future", *Scandinavian Studies in Law*, 2007, vol. 50, p. 19, quien destaca las características distintas de la codificación realizada históricamente en los estados nórdicos, y su aproximación casuística al Derecho, sin una parte general que establezca los principios y conceptos jurídicos genéricos.

<sup>264</sup> STRÖMHOLM, Stig; "General features of Swedish law", *op. cit.*, 2000, p. 31.

sectores<sup>265</sup>, la noción se adopta aquí en su sentido clásico, como concepto que engloba las distintas vías de ordenación jurídica general de la actividad económica.

Estos instrumentos surgen así, en los estados nórdicos, de diversas fuentes –ya sean los agentes sociales en el ámbito laboral, o los órganos estatales en otros ámbitos–, y se aplican sobre distintos sectores. Todos ellos tienen una misma finalidad subyacente, que denota una determinada relación entre el poder público y el mercado (apartado i), pudiendo distinguirse una cierta tipología, según el ámbito en que se apliquen: cabe hablar, así, de instrumentos de regulación laboral (apartado ii), de instrumentos de regulación prestacional (apartado iii), y de instrumentos de regulación general sobre la esfera económica (apartado iv), que tendrán características de configuración jurídica diversa.

### **i. La concepción subyacente a los instrumentos reguladores**

Los instrumentos reguladores no se establecen, en los estados nórdicos, directamente en las constituciones, sino que aparecen en ellas de forma implícita –a través de la previsión de ciertos procedimientos normativos y de la configuración de los derechos económicos–, derivándose tradicionalmente de su habilitación también implícita en los acuerdos de principios del siglo XX y las doctrinas políticas y económicas en que se basaban. Éstos suponían una concepción concreta del papel del Estado y de los agentes sociales en la determinación de las condiciones del proceso productivo y del sistema económico que se desprende de la doctrina económica que impregna y que se inscribe en los acuerdos políticos gubernamentales, así como de las opciones tomadas a través de los acuerdos sindicales.

La doctrina económica que subyace a estos acuerdos políticos puede caracterizarse, en general, como un pensamiento proclive a la determinación y orientación del sistema económico por el Estado, que debe con ello tratar los problemas planteados por el mercado y orientarlo a los intereses generales pertinentes. Según los economistas de la época, en especial la denominada Escuela de Estocolmo, el desempleo –que constituía el mayor problema económico en aquel momento– se debía a una pérdida de poder adquisitivo de los ciudadanos, frente a la cual el Estado debía actuar estimulando la producción y la demanda, y en especial aumentando el gasto público y los programas de obras públicas –una aproximación, como se

---

<sup>265</sup> Véase por ejemplo el informe de la OCDE “The Role of Competition Policy in Regulatory Reform- Sweden”, 2007, p. 13 y ss, donde el concepto de regulación se adopta en un sentido orientado a los efectos de la política de la competencia en la economía, haciendo referencia no únicamente a la regulación general en esta materia sino también a los mecanismos de control y seguimiento de prácticas colusivas.

ve, similar al keynesianismo<sup>266</sup>. El Partido Socialdemócrata de Suecia adoptó esta doctrina de forma pública a partir de los años treinta<sup>267</sup>, y basó su programa político en esta estrategia, lo que dio lugar a su victoria en las elecciones suecas de 1932, y a la subsiguiente coalición de Gobierno con el Partido Agrario.

El acuerdo político fundador del Estado social, que se prolongaría posteriormente durante largo tiempo, implicaba por tanto una opción por un papel específico del Estado en relación con el mercado, y la utilización de instrumentos reguladores de orientación del sistema económico. La concepción jurídica del Estado, en consonancia con las doctrinas económicas de la época, conllevaba una visión del poder público como responsable de la solución de los problemas sociales, ante los cuales se consideraba que tenía capacidad de actuar, influyendo en el comportamiento de los particulares a través de la regulación económica. Esta incidencia reguladora del poder público en el ciclo económico era precisamente el mecanismo que debía conducir a un modelo capaz de garantizar un bienestar mínimo a todas las personas: la combinación de estas medidas generales con regulaciones concretas en los sectores clave para la subsistencia de la población –alimentación, vivienda-, así como con el establecimiento de un sistema impositivo ampliamente progresivo y redistributivo, dan cuenta de la finalidad común subyacente a estos instrumentos, orientados a la garantía pública de ciertas condiciones que se consideraban básicas para la vida y el desarrollo de todos los individuos<sup>268</sup>.

Este esquema responde, de forma similar a lo que ocurre en los estados continentales, a una concepción en que los intereses generales no resultan espontáneamente del funcionamiento del mercado, sino que son únicamente realizables a través del poder público, a quien corresponde su definición por medio de la regulación jurídica. De acuerdo con la tradición democrática de los países nórdicos, los aspectos relativos a las relaciones económicas y sociales forman parte del ámbito político del Parlamento, lo que se refleja en el

---

<sup>266</sup> La Escuela de Estocolmo estaba integrada por Eli F. HECKSCHER, Erik LINDAHL, Gunnar MYRDAL, Bertil OHLIN, Erik LUNDBERG, y Ernst WIGFORSS, entre otros. Se ha debatido si los economistas suecos desarrollaron independientemente esta doctrina económica, o bien si fueron influenciados por las ideas de Keynes, a pesar de que la teoría general de éste último fue posterior a la adopción de esta estrategia por el programa del Partido Socialdemócrata. Véase WHYMAN, Philip; *Sweden and the 'Third Way'*, Ashgate Publishing, Hampshire, 2003, p. 28.

<sup>267</sup> El partido estableció incluso en una moción parlamentaria que el desempleo era un elemento permanente, y no temporal, del ciclo económico, al que el Estado debía hacer frente. LANDGREN, Karl-Gustaf; *Den nya ekonomin i Sverige. J. M. Keynes, E. Wigforss, B. Ohlin och utvecklingen 1927-39*, Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1960, p. 60.

<sup>268</sup> Así se establece por MEYERSON, Per-Martin; *Den svenska modellens uppgång och fall*, SNS Förlag, Stockholm, 1991, p. 120 y ss, quien se muestra no obstante crítico con la consideración progresivamente amplia de ciertos bienes y servicios como imprescindibles para la persona.

rápido abandono del abstencionismo estatal en esta materia y en la consideración de estos aspectos, especialmente a partir de la crisis de los años treinta, como objeto de la discusión parlamentaria. El rechazo inicial a la constitucionalización de estas materias, en razón de su consideración como aspectos pertenecientes al ámbito del Parlamento, muestra también la concepción del poder público como responsable de la definición y realización de los intereses generales, más allá de la regulación autónoma del mercado. El sistema económico pasa así a ser objeto de discusión política y democrática, estableciéndose a través de su regulación los intereses generales que deben realizarse.

Es cierto que, a diferencia de la Europa continental, el modelo nórdico ha identificado ampliamente la realización de los intereses generales con el funcionamiento propio del mercado, no buscando la limitación de las reglas internas del sistema económico –libre iniciativa, libre competencia-, sino intentando establecer su máxima efectividad en los ámbitos comerciales e industriales. En un modelo basado ampliamente en el sistema tributario, y en las transferencias económicas a los distintos individuos, la productividad y funcionamiento de la actividad económica privada se han considerado importantes elementos a proteger, entendiendo que el mayor crecimiento de la economía conduce a mayores posibilidades de atribución de servicios y prestaciones<sup>269</sup>. La regulación pública implica, por tanto, igual que en el modelo continental, la atribución a los órganos estatales de la identificación de los intereses generales que deben realizarse en la sociedad, pero estos intereses se han entendido realizables, en los estados nórdicos, a través del propio sistema económico, condicionando el ejercicio de los derechos económicos individuales y ligándolo a la producción de determinados bienes para la sociedad.

La realización de elementos sociales a través de los instrumentos reguladores se ha dado, por tanto, en gran medida a través de la funcionalización de los derechos económicos, por medio del sistema impositivo o de la previsión de obligaciones concretas a su ejercicio, que no entrañan una absoluta limitación o privación de las condiciones del libre mercado. Si ello ha implicado una importante actividad de regulación, con la finalidad de establecer los elementos que pudieran dar lugar a un sistema social inclusivo y capaz de asegurar la posición económica de todas las personas, su realización ha pasado por la potenciación de la actividad industrial y comercial, fortaleciendo la libertad de empresa pero dirigiéndola, a través de las

---

<sup>269</sup> Así lo afirma LINDBECK, Assar; *Swedish Economic Policy*, The Macmillan Press, London, 1975, p. 8 y ss, quien señala la importancia de la iniciativa privada en el modelo económico sueco, y el reducido grado de nacionalización de la economía, influido también por el carácter tradicionalmente abierto de la economía sueca, habituada a la libre concurrencia desde muy temprano.

diversas regulaciones, a la producción de los efectos deseados en el conjunto económico y social<sup>270</sup>. Los instrumentos reguladores se han orientado, así, a una finalidad de potenciación de las posibilidades del sistema económico, dirigiendo no obstante su desarrollo y canalizando una parte importante de su contribución a la construcción del sistema social.

La finalidad subyacente al reconocimiento de los instrumentos reguladores no difiere, sin embargo, en gran medida respecto a la establecida en el modelo continental. La consideración del sistema económico como objeto de regulación supone la atribución al poder público de la definición de los intereses sociales de la comunidad, atendiendo a las opciones democráticamente expresadas y no a la fuerza económica de los diversos sujetos. La regulación se concibe, así, como mecanismo de realización de elementos sociales, en la medida en que permite orientar y dirigir a los actores económicos privados hacia determinados objetivos: el sistema económico deviene funcional a la realización de los intereses públicamente definidos por la comunidad, siendo por tanto un mecanismo al servicio de los intereses colectivos, y no únicamente ligado a unos derechos económicos de utilidad individual. Así se refleja en el establecimiento de un sistema que permite la regulación del ámbito laboral, limitando el *ius variandi* del empresario; así como en las regulaciones prestacionales, que permiten la desmercantilización de las necesidades del individuo, y las regulaciones generales sobre la esfera económica, con las que se encuadra el comportamiento de los actores económicos en base al interés público.

## **ii. Los instrumentos de regulación de la esfera laboral**

Los instrumentos reguladores en los sistemas nórdicos se ejercen, en primer lugar, sobre el ámbito de las relaciones laborales, en una actuación de limitación del poder de los sujetos económicos que se realiza a través de las facultades atribuidas a los agentes sociales, o bien, de forma creciente, por medio de la propia intervención del Estado. El reconocimiento de estos instrumentos se produce principalmente a través de los acuerdos sindicales originarios, teniendo un reflejo constitucional más reducido. Del mismo modo, los elementos que determinan el alcance y efectos de dichos instrumentos dependen ampliamente de su configuración en los acuerdos sindicales iniciales: el contenido de la regulación surge esencialmente de la voluntad de las partes –así como de ciertos elementos técnicos–, y sus

---

<sup>270</sup> Es significativo, por ejemplo, el control de las inversiones de las empresas privadas que se establecía en Suecia a través de diversas regulaciones y de fondos de inversión con determinadas condiciones, con los que se lograba orientar las inversiones privadas y regular el momento de su realización, reservándolas para los momentos más adecuados del ciclo económico. Véase LINDBECK, Assar; *Swedish Economic Policy, op. cit.*, 1975, p. 97 y ss.

límites y procedimiento vienen determinados por el propio acuerdo, conforme a la naturaleza contractual de estas relaciones.

El reconocimiento de los instrumentos reguladores en la esfera laboral deriva, tanto para los agentes sociales como para el Estado, de los pactos fundadores de los años treinta, que supusieron un acuerdo importante en materia económica y laboral, con implicaciones sobre los derechos individuales y los instrumentos puestos a disposición de los sujetos públicos y privados. En el ámbito laboral, los acuerdos implicaron la aceptación por los sindicatos del sistema de economía capitalista, con la consiguiente creación del marco de paz social propicio para la producción y crecimiento económico. Ello conllevó por parte del empresariado la admisión de un sistema de regulación autónomo, a través de la negociación colectiva, así como la aceptación de las regulaciones estatales sobre la industria y las contribuciones de la empresa al sistema de solidaridad<sup>271</sup>.

Los acuerdos iniciales implican la aceptación de una regulación propia sobre la esfera económica, elaborada principalmente por los sujetos colectivos que operan en el ámbito de las relaciones laborales. La firma de los pactos sindicales en los diversos estados, como acuerdo entre empresarios y trabajadores sobre un sistema determinado de negociación y fijación de las condiciones laborales –especialmente, los salarios-, supone la opción por una determinada regulación de la esfera laboral y económica, que se produce de forma autónoma entre los sujetos colectivos, sin intervención del Estado, en un sistema basado en la igualdad de armas: se acepta así una regulación realizada con una fuerte intervención de los trabajadores, y no sólo por los empresarios, rompiendo con las condiciones imperantes en un marco de libertad absoluta de mercado<sup>272</sup>. Dicho reconocimiento de las facultades de regulación se complementa, posteriormente, con su mención en algunas constituciones (por ejemplo, el art. 2:14 Instrumento de Gobierno sueco), si bien su contenido no deriva de ellas, sino que se contiene en los acuerdos iniciales como producto de la autonomía de la voluntad de las partes.

El contenido de las regulaciones sobre la esfera laboral depende, así, de los intereses de los agentes sociales –no estableciéndose orientaciones materiales a ellos-, si bien se halla también determinado por opciones de contenido político y económico. Ello se hace evidente

---

<sup>271</sup> En Suecia, por ejemplo, el Acuerdo de Diciembre de 1906, completado posteriormente con el Acuerdo de Saltsjöbaden de 1938, supuso la aceptación de ambas partes del mercado laboral como representantes de sus respectivos miembros, aceptando el empresariado la cooperación con los trabajadores si éstos se comprometían a la moderación salarial, y a no reclamar mejoras legislativas relativas a su situación. Los sindicatos, por su parte, se comprometieron a moderar las acciones de conflicto colectivo, en una opción por posibilitar que el Gobierno socialdemócrata aplicara su plan económico de empleo, y transfiriera el conflicto distributivo al sistema fiscal. KORPI, Walter; *The Democratic Class Struggle*, Routledge & Kegan Paul, London, 1983, p. 47 y ss.

<sup>272</sup> HASSELBALCH, Ole; “The Roots- the History of Nordic Labour Law”, *op. cit.*, 2002, p. 22 y ss.

en la particular relación que han mantenido los sindicatos con el Partido Socialdemócrata, pero resulta también de la aplicación al sistema de negociación colectiva de doctrinas económicas, que han buscado a través de su inserción en el conflicto social influir en el desarrollo del conjunto de la economía.

En especial en Suecia, el contenido de la negociación colectiva ha estado determinado por las líneas del denominado “modelo Rehn-Meidner”, que incide particularmente en la formación de salarios, requiriendo a los sindicatos cierta moderación en las reclamaciones salariales de los sectores mejor remunerados, para garantizar a los sectores más bajos un mayor aumento salarial, y realizar así una progresiva igualación de las remuneraciones<sup>273</sup>. La utilización de este sistema, a través de un modelo de negociación colectiva centralizada que aseguraba la coherencia entre los distintos sectores y sindicatos, muestra la determinación de las facultades de regulación autónoma, no sólo por intereses sociales, sino también por elementos de conocimiento técnico y económico: las partes del mercado laboral establecen su conducta en función de esquemas económicos determinados, a través de los que pretenden obtener una mayor realización de sus objetivos políticos y sociales<sup>274</sup>.

El contenido de las facultades reguladoras no tiene una orientación o limitación por los textos constitucionales, de forma que sus límites se hallan únicamente en la lógica contractual del pacto social que actúa como base para el desarrollo del sistema social –y que implicaba, como se vio, la aceptación de las instituciones del sistema capitalista-. Es cierto que la forma de estos pactos, que no alcanza una naturaleza formalmente constitucional, hace difícil la aplicación imperativa de sus condiciones, pudiendo en la práctica la legislación y la negociación colectiva realizar fuertes avances en la transformación de las condiciones económicas<sup>275</sup>, pero al mismo tiempo la naturaleza contractual de estos acuerdos sitúa el límite de estas facultades en la aceptación y consentimiento por la otra parte, esto es, en el

---

<sup>273</sup> El sistema, que ha sido la característica principal del modelo laboral sueco, surge de las doctrinas económicas de Gösta Rehn y Rudolf Meidner, y se presentó en el congreso de la Confederación de sindicatos de Suecia (LO) de 1951, con el fin de compatibilizar el objetivo del pleno empleo y el control de la inflación. Consistía en el establecimiento de un marco general de salarios, de forma que se lograra el aumento de la remuneración de los trabajadores en los niveles más bajos de la escala retributiva, gracias a la contención de los sueldos de los empleados mejor pagados. Véase DEL ROSAL CRESPO, Mario; “Los límites del socialismo reformista: el caso de Suecia. Una aproximación crítica al modelo Rehn-Meidner desde una perspectiva histórica (1932-1983)”, contribución a las XI Jornadas de Economía Crítica, Bilbao, 2008, p. 7.

<sup>274</sup> El sistema funcionó hasta 1983 en Suecia, gracias a la organización centralizada de la negociación colectiva, por la que se establecía un acuerdo-marco salarial único para toda la economía, a partir del cual se negociaban los convenios industriales de ámbito nacional y sectorial, y los correspondientes convenios de nivel local. Ello sirvió para mantener una cierta moderación salarial, evitando un aumento de la inflación y combinándose con otras medidas para seguir garantizando el pleno empleo.

<sup>275</sup> MEYERSON, Per-Martin; *Den svenska modellens uppgång och fall*, op. cit., 1991, p. 65.

consenso que genere la regulación limitadora de la esfera económica en los diversos actores. Si este consenso y aceptación se dieron durante largo tiempo en estos países, considerando el empresariado que la regulación económica era necesaria para la mejora del sistema económico en su conjunto –proporcionando ciertos derechos a los trabajadores, aumentando la demanda y la producción económica-, posteriormente la aceptación decae en el momento en que, por diversas circunstancias, la regulación va más allá de lo acordado en las condiciones iniciales, rompiéndose el pacto social que se había inicialmente fijado como marco.

Así sucede, en Suecia, a partir de los años ochenta, cuando la situación social conduce a diversas actuaciones que escapan al marco de los acuerdos iniciales. Por un lado, los sindicatos reclaman una mayor regulación de la esfera laboral al Gobierno, que se introduce a partir de la Ley 1976:580 de Co-determinación y de la Ley 1982:80 de Protección Laboral, estableciendo derechos reforzados para los trabajadores<sup>276</sup>. Por otro lado, el Estado inicia un plan para la creación de los llamados “fondos de inversión salarial”, a través de los que se preveía la atribución a los trabajadores de una parte de las acciones de la empresa, conduciendo progresivamente a la adquisición de la propiedad de los medios de producción<sup>277</sup>. Si esta última reforma no llegó a ser propiamente aplicada en la práctica –se aplicó solamente una versión muy modulada durante algunos años-, su propuesta por los sindicatos y su aceptación por el Partido Socialdemócrata representó la ruptura del pacto social existente: los empresarios se opusieron frontalmente a la pérdida de la propiedad de los medios de producción y de sus prerrogativas de dirección, abandonando el sistema de negociación centralizada existente hasta la fecha y quedando por tanto el modelo de relaciones laborales privado del marco general que lo había gobernado<sup>278</sup>.

---

<sup>276</sup> La Ley 1976:580 de Co-determinación establece un derecho reforzado a la negociación colectiva para los sindicatos, incrementando la capacidad de los trabajadores de influir en la dirección de la empresa, atribuyó a los trabajadores la facultad de interpretar el convenio colectivo en caso de disputa (hasta que se produjera una decisión judicial), obligaba al empresario a negociar con el sindicato local un gran número de decisiones y a establecer convenios sobre cuestiones anteriormente no reguladas, y atribuyó a los sindicatos el derecho a ir a la huelga a pesar de la obligación de paz si el empresario rechazaba realizar dichos convenios. Véase HASSELBALCH, Ole; “The Roots- the History of Nordic Labour Law”, *op. cit.*, 2002, p. 32.

<sup>277</sup> El proyecto inicial de establecimiento de estos fondos no fue nunca aplicado en cuanto a tal. Fue ideado ante las dificultades que encontraba la aplicación del modelo Rehn-Meidner, e implicaba la creación de unos fondos de inversión de los asalariados, obligando a las empresas a emitir cada año acciones por un cierto importe en proporción a sus beneficios, pasando estas acciones a constituir un fondo de inversión gestionado conjuntamente por empresarios y trabajadores. Este modelo, propuesto en 1976 por Meidner, se aplicaría en una versión mucho más suavizada a partir de 1983, y se eliminó finalmente en 1991 por el Partido Moderado. Véase DEL ROSAL CRESPO, Mario; “Los límites del socialismo reformista: el caso de Suecia. Una aproximación crítica al modelo Rehn-Meidner desde una perspectiva histórica (1932-1983)”, *op. cit.*, 2008, p. 20 y ss.

<sup>278</sup> La propuesta de los fondos salariales de inversión se explica en un contexto en que se había producido un elevado y continuado crecimiento económico, y en que, con un amplio sistema de bienestar ya en marcha, se

Si el contenido de la regulación se halla limitado por la lógica contractual de las relaciones laborales, también el procedimiento de elaboración y adopción de dichos instrumentos depende de lo establecido en los acuerdos sindicales, que establecen el proceso a seguir para la negociación colectiva, codificando las prácticas existentes en aquel momento. En Suecia, el procedimiento de negociación colectiva se establece inicialmente por el Acuerdo de Saltsjöbaden (1938), en el que se fijan los principios generales de reconocimiento mutuo de las partes, las reglas para la terminación de contratos y para la resolución de disputas, así como el procedimiento de reclamación en relación con los convenios colectivos. El Acuerdo estaba diseñado para funcionar como modelo para la conclusión de convenios colectivos en distintas ramas de la economía, codificando de forma general las prácticas existentes hasta la fecha, que habían dado lugar ya anteriormente a diversas leyes e instituciones propias<sup>279</sup>. El procedimiento concreto para la negociación no se establecía, no obstante, de forma detallada, sino que regulaban las distintas posibilidades de inicio y terminación por las partes, el momento en que podían iniciarse acciones de conflicto colectivo, y la resolución de las colisiones existentes, dejando la propia negociación a la práctica establecida entre los agentes sociales, y gozando éstos por tanto de cierta flexibilidad en cada sector<sup>280</sup>. Las normas procesales más detalladas se contienen en los estatutos de la Confederación de Sindicatos (LO) y de la Confederación de Empresarios (SAF), que preveían el procedimiento a seguir para la negociación centralizada, estableciendo las fases y órganos que debían participar en ella<sup>281</sup>.

---

planteaba como siguiente fase realizar una más justa distribución. Los fondos se conciben así como última etapa en la eliminación de la propiedad privada, pero suscitan en ello divisiones, ya que no adquieren el apoyo unánime del movimiento obrero, y tienen sólo una tímida aceptación por el Partido Socialdemócrata. No es casualidad que justo el año en que se presenta el proyecto (1976) este partido es derrotado en las elecciones. MEYERSON, Per-Martin; *Den svenska modellens uppgång och fall*, op. cit., 1991, p. 69 y ss.

<sup>279</sup> La práctica anterior existente había dado lugar a importantes desarrollos. En 1906, se estableció una institución oficial de conciliación para los casos de conflicto colectivo. Posteriormente, se creó una Junta Central de Arbitraje (1920), a la que se confería la interpretación de los convenios colectivos en caso de conflicto, si las partes así lo deseaban. En 1928 se aprobaron dos nuevas leyes, sobre convenios colectivos y sobre el establecimiento de un Tribunal Laboral. Se estableció el carácter vinculante de los convenios, la obligación de paz social, el derecho a llevar a cabo acciones colectivas de simpatía, y la obligación de resolver las disputas sobre derechos ante el Tribunal Laboral, y no por conflicto colectivo. En 1936 se aprobó una ley sobre el derecho a la organización y la negociación a nivel colectivo. Todo ello condujo a la adopción en 1938 del Acuerdo de Saltsjöbaden.

<sup>280</sup> Así se refleja en los distintos capítulos del Acuerdo, que tratan sobre la Junta del Mercado de Trabajo (Capítulo I), las condiciones de la negociación colectiva (Capítulo II), el inicio y la terminación de la negociación (Capítulo III), la limitación de acciones de conflicto colectivo (Capítulo IV), y el tratamiento de disputas entre las partes (Capítulo V).

<sup>281</sup> Véase VICTORIN, Anders; "The Implementation of a Wage Policy: Centralized Collective Bargaining in Sweden", en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 19, 1975, p. 298 y ss.

Estas normas siguen vigentes para cada sujeto colectivo, pero la práctica de la negociación ha sido codificada, posteriormente, a través de la Ley 1976:580 de Co-determinación, que abandona el sistema centralizado y establece de forma detallada los distintos aspectos del derecho de asociación y de negociación. Se regulan especialmente las obligaciones de negociación de las partes (arts. 10 a 14), las obligaciones de aparición y representación legal, y de formalización escrita de las propuestas de convenio (art. 15), la introducción de una solicitud de negociación, y los principios que deben regirla (art. 16), así como las obligaciones de información del empresario en relación con los trabajadores (arts. 18 a 22). Si la regulación del procedimiento sigue dejando a las partes cierta libertad en sus actuaciones – muchas de las regulaciones se subordinan a la expresa voluntad de los agentes sociales-, y a pesar de que esta regulación recoge las prácticas existentes anteriormente, el establecimiento legislativo de los derechos y obligaciones en este proceso supone una transformación radical del modelo originario, que no queda ya enteramente en manos de los agentes sociales<sup>282</sup>.

Los instrumentos de regulación de la esfera laboral aparecen, por tanto, atribuidos en gran medida a los sujetos colectivos, derivados de los acuerdos sindicales iniciales y con una escasa determinación constitucional de su contenido y forma. El carácter contractual de las relaciones laborales, junto con la menor tradición constitucional en el reconocimiento y elaboración de los derechos constitucionales, ha supuesto la articulación de estos instrumentos principalmente de acuerdo con la autonomía de la voluntad de las partes, con una escasa limitación material o formal más allá de lo que supone la necesaria aceptación por la parte contraria de la relación. Los poderes estatales de regulación se derivan asimismo de estos acuerdos, siendo inicialmente sólo de complemento y adquiriendo posteriormente una mayor relevancia.

### **iii. Los instrumentos de regulación prestacionales**

Un segundo tipo de instrumentos reguladores puede identificarse en la regulación de prestaciones para los individuos, que tienen una función de aseguramiento de las necesidades o de la situación del individuo frente a la libertad del mercado. Estas actuaciones tienen una naturaleza específica, centrada en torno a la atribución de una prestación económica o de servicio –lo que puede poner en duda su carácter de instrumentos reguladores-, pero se han

---

<sup>282</sup> Así lo indica NUMHAUSER-HENNING, Ann; “Labour Law”, en BOGDAN, Michael (ed.); *Swedish Law in the New Millenium*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2008, p. 343, quien apunta el cambio en la actitud de los sindicatos, que se giran hacia el legislador para exigir la protección de ciertas condiciones laborales, ante la evolución del mercado laboral y el aumento de sectores en los que no podían garantizar por ellos mismos estas condiciones.

situado en esta categoría, considerando que, en un primer momento, la función del Estado implicada es la regulación, entrando posteriormente en juego la actuación administrativa de servicio. La regulación de dichas prestaciones no adquiere propiamente mención en la mayor parte de textos constitucionales nórdicos, derivando su habilitación del pensamiento político subyacente a los acuerdos iniciales, y sin encontrar otras limitaciones que las derivadas del proceso administrativo o legislativo.

La habilitación a los instrumentos prestacionales se desprende de los acuerdos políticos de los años treinta, fundamentados como se vio en la visión socialdemócrata de la sociedad y los fines de igualdad e inclusión de la población. El contenido de estas regulaciones no viene determinado previamente, sino que deriva de la voluntad política expresada en el proceso legislativo, o en su caso de la regulación administrativa, que tiene también en este ámbito una amplia capacidad de incidencia. El contenido de las facultades reguladoras viene determinado en gran medida por las agencias administrativas centrales y por los entes locales, lo que atribuye una gran relevancia a los conocimientos técnicos o científicos: los intereses generales, identificados y establecidos de forma general a través de la ley, son objeto posteriormente de una importante elaboración y tratamiento técnico, valorándose en relación con cada ámbito territorial y con cada sector las actuaciones más adecuadas.

La relativa independencia de las autoridades administrativas centrales, que se configuran como órganos técnicos a los que corresponde implantar las diversas políticas, ha llevado a una aplicación y desarrollo de estas regulaciones de elevada calidad, a través del conocimiento técnico de sus miembros sobre la materia. Si es cierto que ello ha implicado, al mismo tiempo, una fuerte burocratización y tecnificación del proceso regulador, que ha tenido a veces como consecuencia una cierta opacidad y falta de transparencia en relación con los ciudadanos<sup>283</sup>, este carácter de la regulación muestra la fuerte incidencia de los conocimientos técnicos administrativos y económicos sobre su contenido, moldeando de forma importante los intereses definidos políticamente<sup>284</sup>.

Las facultades de regulación de prestaciones no se hallan determinadas desde un punto de vista material por los textos constitucionales, ni tienen una limitación formal más allá de los

---

<sup>283</sup> Así lo expone críticamente HYDÉN, Håkan; *Ram eller lag? Om ramlagstiftning och samhällsorganisation*, op. cit., 1984, p. 16-17. En la misma línea, explorando el problema de la burocratización y la capacidad del Partido Socialdemócrata de utilizar las estructuras estatales para sus fines, ROTHSTEIN, Bo; *The Social Democratic State: Swedish Model and the Bureaucratic Problem of Social Reforms*, University of Pittsburgh Press, London, 1996, p. 15 y ss.

<sup>284</sup> Sobre la influencia de la “ingeniería social” y la construcción de las instituciones en la aplicación de reformas sociales en el Estado sueco, véase ROTHSTEIN, Bo; *Just Institutions Matter. The Moral and Political Logic of the Universal Welfare State*, Cambridge University Press, United Kingdom, 1998, p. 82 y ss.

requerimientos del proceso legislativo<sup>285</sup>. Sin embargo, las exigentes demandas del proceso legislativo en estos estados, que contempla un extenso proceso de formación de comisiones de estudio e investigación y la participación en él de amplios sectores de la sociedad, ha dado lugar crecientemente a una huida hacia la denominada legislación marco, que como se vio se limita al establecimiento de principios generales, dejando a los entes locales y agencias administrativas su concreción<sup>286</sup>.

La regulación y establecimiento de prestaciones viene limitada, únicamente, cuando se halla relacionada con la capacidad tributaria del Estado, siendo en los estados nórdicos estas prestaciones financiadas habitualmente a través del sistema impositivo. La potestad tributaria se halla regulada en las constituciones nórdicas, reservando por lo general a la ley el establecimiento de impuestos, si bien con ciertas especialidades. La Constitución noruega establece la competencia del Parlamento para el establecimiento de tributos (art. 75a), y la obligación del Rey de actuar para recaudar los impuestos establecidos por el Parlamento (art. 18). La misma determinación se contiene en las constituciones aprobadas más recientemente: la Constitución de Dinamarca prevé la obligación de aprobar por ley la imposición, alteración o eliminación de impuestos (art. 43), y una reserva similar al legislador se establece en diversos preceptos del Instrumento de Gobierno de Suecia (arts. 1:4, 9:1)<sup>287</sup>, y en la Constitución de Finlandia (art. 81).

Esta reserva de ley no se acompaña sin embargo de la determinación de los principios materiales que deben orientar la regulación de impuestos, que aparecen únicamente mencionados en la Constitución finlandesa, remitiéndose a la ley (art. 81)<sup>288</sup>. En todos los casos, por tanto, corresponde al legislador la fijación de los principios y criterios materiales que debe seguir la imposición de tributos, no determinando las constituciones los valores o elementos que deben seguirse, e incluso pudiendo delegar ciertas facultades de imposición de tasas al Gobierno (art. 8:9 Instrumento de Gobierno sueco). Tampoco se determina a través de

---

<sup>285</sup> Véase la Ley finlandesa de 11 de junio de 1999; el Reglamento del Parlamento noruego, modificado el 1 de octubre de 2012; el Reglamento de 17 de diciembre de 1953 del Parlamento danés; y la Ley 1974:153 sobre el Parlamento sueco.

<sup>286</sup> Véase *supra* en este Capítulo Sección II.B.i.

<sup>287</sup> El Instrumento de Gobierno de Suecia prevé, además, la obligación de examen de la legislación tributaria por el Consejo de Legislación (art. 8:21), que es el órgano consultivo que examina la compatibilidad de las propuestas de ley con la Constitución y normas de carácter superior.

<sup>288</sup> Además, el Instrumento de Gobierno de Suecia (art. 14:4) así como la Constitución de Finlandia (art. 121) prevén la potestad tributaria de los entes locales para la gestión de sus actividades, remitiendo no obstante a la ley la previsión de los principios y bases que deben regirla, y dejando a las colectividades locales la fijación concreta del tipo impositivo. Así lo expone MATTSSON, Nils; "Tax Law", en BOGDAN, Michael (ed.); *Swedish Law in the New Millenium*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2008, p. 113.

los textos fundamentales la carga impositiva que se puede establecer, ni la necesidad de un equilibrio financiero entre ingresos y gastos públicos: ello resulta lógico, como ha señalado la doctrina, en la medida en que la elaboración del presupuesto y la previsión de ingresos y gastos funciona como instrumento para hacer frente a la coyuntura económica, lo que hace necesaria su elaboración de forma flexible a través de la ley, sin criterios predeterminados<sup>289</sup>.

Los límites materiales a la capacidad tributaria son por tanto en estos estados reducidos, admitiéndose una elevada presión fiscal, sin considerarse tampoco restrictiva del derecho de propiedad. A pesar de que se han planteado problemas por la superposición de leyes tributarias, que acentúan la carga fiscal hasta límites muy altos<sup>290</sup>, ello no se ha cuestionado en base al derecho de propiedad, considerándose que éste no queda afectado de forma desproporcionada por la cuantía del deber de contribución fijado en dichas leyes<sup>291</sup>. La concepción de los derechos constitucionales, que no ha tenido hasta un período reciente una garantía sólida a través de los Tribunales, ha contribuido a dicha concepción, disminuyendo los niveles de presión fiscal en los últimos años de forma paralela al fortalecimiento de los derechos económicos. La atribución de capacidad impositiva a los entes locales, sujeta también a los principios materiales que se fijan por ley (art. 14:4 Instrumento de Gobierno de Suecia, art. 121 Constitución de Finlandia), muestra la amplia capacidad fiscal y redistributiva del sistema, que se basa no obstante en los principios que surjan de la voluntad política<sup>292</sup>.

Por otro lado, también la elaboración del presupuesto y la determinación de los gastos depende en exclusiva de la decisión del Parlamento, sin condiciones materiales que se impongan por los textos constitucionales. La previsión de prestaciones depende, por tanto, únicamente de la existencia de medios financieros para realizarlas, no adquiriendo el grado de redistribución fijado ninguna limitación a través de las constituciones. Ello ha permitido la

---

<sup>289</sup> En este sentido, HOLMBERG, Erik; STJERNQUIST, Nils; *Vår författning, op. cit.*, 2003, p. 165, quienes señalan que corresponde al Parlamento asimismo determinar la cuantía hasta la que pueden llegar los ingresos estatales.

<sup>290</sup> Las limitaciones que el derecho de propiedad pueda suponer en la capacidad tributaria del Estado han planteado problemas especialmente en Suecia. En el caso *Pomperipossa i Monismania*, se denunció la tasa marginal del 102% resultante de la superposición de diversas leyes tributarias y de las contribuciones de seguridad social. Otro caso fue el del impuesto sobre la riqueza (*engångsskatten*), que se estableció entre otros sobre los fondos de pensiones (Ley 1986:1225, actualmente derogada). La doctrina considera que en el estado actual de la regulación el derecho de propiedad constitucional no se opone a la libre regulación de impuestos por el Estado, si bien considera conveniente que se limite la capacidad tributaria, evitando supuestos de confiscación.

<sup>291</sup> Véase STERZEL, Fredrik; "Skatt och egendomsskydd", en ÅHMAN, Karin (ed.); *Äganderätten. Dess omfattning och begränsningar*, Iustus Förlag, Uppsala, 2009, p. 111.

<sup>292</sup> La atribución de potestad tributaria a los entes locales constituye, en Suecia, el núcleo de su autonomía, que viene establecido por la Constitución y que el legislador no puede modificar. Actualmente, gran parte de la carga impositiva que soportan los individuos depende de los municipios y condados, siendo éstos los que realizan también gran parte de las tareas sociales.

financiación y atribución de prestaciones de elevado contenido, generando un sistema de redistribución igualitario con una gran capacidad de reforma social, a través de la funcionalización del producto del funcionamiento del sistema económico.

#### **iv. Los instrumentos reguladores de la esfera económica general**

Un tercer tipo de instrumentos reguladores puede identificarse en aquellas regulaciones que tienen como finalidad la ordenación de la actividad económica general, sin suponer la entrada en el ámbito laboral o prestacional, pero limitando también el libre funcionamiento del mercado para la realización de ciertos elementos en el orden económico. Estos instrumentos alcanzan en los textos constitucionales nórdicos únicamente un reconocimiento indirecto, por vía de la referencia al procedimiento legislativo y de la configuración de los derechos económicos, derivándose su habilitación de los acuerdos políticos iniciales y las doctrinas económicas subyacentes. Su contenido y procedimiento se hallan, por tanto, escasamente limitados, salvo en lo que se refiere a ciertos requisitos de elaboración.

El reconocimiento de los instrumentos de regulación económica general deriva de los pactos políticos originarios entre partidos socialdemócratas y agrarios, que constituyen un marco estable de gobierno durante un largo período, y que suponen la aceptación de doctrinas económicas de corte keynesianista, en favor de la intervención del Estado en las relaciones económicas para regular y orientar los distintos efectos del mercado –en especial, para disminuir los niveles de desempleo-<sup>293</sup>. Dichos acuerdos implican una aceptación temprana de las instituciones de mercado en los sistemas nórdicos, que se plasma en la renuncia del movimiento obrero y el pensamiento socialista a una transformación completa del sistema económico. La consideración de los elementos económicos como aspectos clave del desarrollo productivo, conduce en estos estados a la afirmación de las libertades económicas y la propiedad de los medios de producción, aceptándose, si no como derechos constitucionales de valor jurídico vinculante, sí como fundamento de las relaciones económicas: los estados nórdicos no emprenden, así, amplios procesos de nacionalización o de sustracción de la propiedad de los medios de producción, sino que su acción se centra en la orientación y

---

<sup>293</sup> Los pactos de gobierno se producen en el marco del desarrollo de una nueva corriente económica, representada por la Escuela de Estocolmo, que desarrolló conceptos similares a la teoría keynesianista, propugnando una intervención activa del Estado para estabilizar la economía, estimulando la producción y demanda a través del gasto público y de la realización de programas de obras públicas y de la provisión de bienestar. La vinculación de los líderes socialdemócratas a esta corriente de pensamiento económico, que planteaba no obstante una fuerte oposición de los liberales, hizo que la victoria socialdemócrata en 1932 supusiera una victoria de la nueva estrategia, apoyando los ciudadanos la utilización de estos instrumentos económicos. WHYMAN, Philip; *Sweden and the 'Third Way'*, op. cit., 2003, p. 28.

encuadre del sistema económico por otras vías, incidiendo el poder público en la función de la propiedad y la libre empresa, sin afectar a su titularidad<sup>294</sup>.

La aceptación de las instituciones de la economía capitalista se acompaña de un acuerdo sobre el uso intensivo de los instrumentos reguladores y fiscales –propugnado por el pensamiento económico de la época-, por los que el Estado podía condicionar la utilización de estos derechos y facultades individuales a los fines definidos por él mismo, y evitar la acumulación de capital a través de un sistema extenso de redistribución. Si a pesar de tener un efecto regulador importante los instrumentos fiscales no constituyen estrictamente elementos de regulación económica –la función estatal implicada de modo principal es más bien una función financiera-, el establecimiento de obligaciones a la libertad de empresa, a través del pago de cotizaciones de seguridad social y de diversos tipos de impuestos, supone una importante afectación de su función, que permite al Estado orientar las inversiones empresariales, condicionándolas y ofreciendo ventajas a cambio de la realización de ciertos comportamientos<sup>295</sup>. Se ha hablado, en este sentido, de una intensa dirección pública de los ingresos y ganancias privadas, tanto de la empresa como de los individuos, en un sistema con una fuerte presión fiscal y con elevadas cotas de redistribución<sup>296</sup>.

Junto a estos instrumentos fiscales, los acuerdos iniciales permiten una regulación de la actividad empresarial que ha incidido en sectores particulares, en los que el poder público ha considerado conveniente establecer regulaciones relativas a distintos aspectos de la producción. Ha sido en las características de la producción o prestación de la actividad donde ha incidido en mayor medida la regulación pública, estableciendo en ciertos ámbitos requisitos y controles estrictos a su realización: es el caso, por ejemplo en Suecia, de la intensa regulación de los precios y de la oferta establecida durante un tiempo en el sector

---

<sup>294</sup> Así lo expone MEYERSON, Per-Martin; *Den svenska modellens uppgång och fall, op. cit.*, 1991, p. 64 y ss, quien destaca la socialización de la función de la propiedad que se produce sin sustraerla de manos del empresario, a través del instrumento principal de los tributos.

<sup>295</sup> En Suecia, por ejemplo, la inversión privada se intenta controlar a través de la creación de fondos de inversión para empresas, pudiendo éstas obtener ventajas fiscales si reservaban parte de sus beneficios para la inversión en momentos posteriores, cuando el Gobierno considerara que el ciclo económico lo requería. Véase LINDBECK, Assar; *Swedish Economic Policy, op. cit.*, 1975, p. 97 y ss.

<sup>296</sup> La presión fiscal ha sido tradicionalmente elevada en estos países, en especial en Suecia, donde en la segunda posguerra la tasa total de impuestos a la renta aumenta hasta el 50% en los años setenta. El sistema de seguridad social y de servicios públicos se ha financiado ampliamente a través del sistema tributario, obteniendo en la etapa de mayor crecimiento el sector público un importante volumen de recursos para la inversión pública. LINDBECK, Assar; *Swedish Economic Policy, op. cit.*, 1975, p. 77.

agroalimentario<sup>297</sup>, y del sistema de control público que existía en el sector de la construcción de viviendas, en cuanto a la atribución de licencias de construcción y a la fijación de los alquileres<sup>298</sup>. Si posteriormente estas regulaciones directas sobre la producción han sido suprimidas, yendo estos sistemas hacia una aceptación generalizada de la libre competencia, su existencia en estos estados durante largo tiempo muestra su amplia posibilidad de utilización, que quedaba implícitamente aceptada en el contenido de los pactos fundadores.

Por otra parte, la regulación pública de la actividad económica ha pasado también la planificación económica, que ha tenido en estos estados una relativa importancia en el condicionamiento de la actividad privada y la evolución del sistema económico. Este instrumento no adopta, en estos países, una incidencia tan fuerte como en algunos estados continentales, pero la programación económica tiene aun así una cierta relevancia práctica, aprobándose, por ejemplo en Suecia, planes quinquenales que contenían previsiones y discusiones sobre alternativas de política económica<sup>299</sup>, y que, a pesar de su carácter no oficial y su dimensión puramente informativa, podían influir de forma espontánea en la conducta de las empresas privadas<sup>300</sup>.

También los límites de la regulación económica se derivan inicialmente de estos acuerdos, en la medida en que la separación respecto a los contenidos que sustentaban el pacto podía implicar la ruptura del acuerdo político mayoritario. Ello muestra los límites del sistema establecido en estos estados, que tenía en el propio reconocimiento de las instituciones de la economía de mercado el núcleo de la aceptación que generaba entre los distintos sectores. Los intentos de modificación de este pacto en el que se encuentran ambas partes –posibilidad de regulación y reforma económica, pero sin afectar la esencia de estas instituciones- han dado lugar a la ruptura del sistema de solidaridad establecido, revelándose los derechos

---

<sup>297</sup> Ello responde en gran medida, según algunos autores, a la influencia que adquirieron los partidos agrarios en las coaliciones de gobierno, que condujeron al establecimiento de condiciones de protección del sector agrícola. Véase MEYERSON, Per-Martin; *Den svenska modellens uppgång och fall*, op. cit., 1991, p. 118 y ss.

<sup>298</sup> El sistema implicaba la concesión de licencias de construcción por los municipios, en función de la mano de obra disponible, y la fijación de los precios de los alquileres directamente por el Estado, en un intento por afrontar la escasez de viviendas. Este control directo sería suprimido a partir de los años cincuenta, si bien se mantendría el control sobre el tiempo de la producción, a través del sistema de licencias. Véase LINDBECK, Assar; *Swedish Economic Policy*, op. cit., 1975, p. 74.

<sup>299</sup> Los planes se iniciaron en 1948, ligados al Plan Marshall, y se aprobaron sucesivamente por un período de 5 años, hasta un total de seis planes. Éstos se aprueban tras la elaboración en la segunda posguerra de dos informes relevantes relativos a la planificación económica. Por un lado, el informe de la Comisión para la planificación económica de la posguerra (SOU 1945:57, SOU 1945:36). Por otro lado, el Programa de posguerra del movimiento obrero, realizado conjuntamente con el Partido Socialdemócrata, en el que se aboga por una mayor planificación y por la supresión de controles directos sobre la actividad económica.

<sup>300</sup> Así lo indica SVENNILSON, Ingvar; “Planning in a Market Economy”, en *Weltwirtschaft Archiv*, núm. 95, 1965, p. 184 y ss. En Noruega, en cambio, se trata de documentos oficiales, con un mayor efecto indicativo.

económicos, al menos en un contenido mínimo, como límites a la acción reguladora del Estado. Así sucedió, como se ha visto, cuando en Suecia el Estado decidió el establecimiento de los “fondos de inversión salarial”, poniendo en cuestión la titularidad de la propiedad y dando lugar a la retirada de la patronal del sistema de negociación colectiva.

Cabe plantear si, junto al derecho de propiedad y la libertad de empresa, la libertad de concurrencia operaba también en este marco inicial como límite a la acción reguladora del Estado. Los estados nórdicos constituyen, desde un inicio, economías altamente abiertas a la competencia, con un crecimiento orientado a la exportación en un contexto de economía de empresa privada<sup>301</sup>, pero esta opción por la libre competencia y el libre comercio no se entiende, en estos países, de forma absoluta: la regulación de la concurrencia, existente desde un momento temprano<sup>302</sup>, se orientaba a la minimización de los efectos perjudiciales de las restricciones a la misma, mediante un principio de negociación con las distintas empresas que no excluía las prácticas estatales que pudieran restringirla –control de precios, fijación de las condiciones de la producción, entre otros-. La libre concurrencia no aparece como condición específica en los acuerdos iniciales del Estado social<sup>303</sup>, ni se deduce de la libertad de empresa y la propiedad privada como principio absoluto que impidiera en él toda restricción<sup>304</sup>.

Las limitaciones materiales a las facultades reguladoras se recogen posteriormente en las constituciones nórdicas, especialmente a través del establecimiento de los derechos económicos. El reconocimiento del derecho de propiedad y la libertad de empresa en los textos fundamentales supone, a pesar de admitir amplias regulaciones, la garantía jurídica por lo menos de un contenido mínimo, que se identifica con la utilidad individual del derecho y

---

<sup>301</sup> Véase LINDBECK, Assar; *Swedish Economic Policy, op. cit.*, 1975, p. 7.

<sup>302</sup> El Derecho de la competencia en Suecia se remonta a la Ley de 1925 sobre investigación de empresas y asociaciones monopolísticas. Posteriormente, ésta fue derogada por la Ley de 1946 de control de limitaciones a la competencia en el sector comercial. La Ley de 1953 de prácticas restrictivas del comercio introduce el primer sistema realmente efectivo, que no apunta a la eliminación de la práctica restrictiva, sino a la supresión de su efecto negativo, negociando con las distintas empresas directamente y mediando en ello el Ombudsman del libre comercio. En 1983 se aprueba la Ley sobre Competencia, que remplace la anterior pero se basa en los mismos principios. La aprobación, en 1993, de una nueva Ley sobre Competencia supone un cambio en los principios anteriores, adaptándose al sistema de la Unión Europea, y abandonándose la lógica de la negociación para establecer directamente la prohibición y sanción de ciertas prácticas. La Ley ha sido reformada en diversas ocasiones, la última entrando en vigor en 2010.

<sup>303</sup> El Acuerdo de Saltsjöbaden de Suecia menciona únicamente la competencia en relación con la prohibición de emprender acciones de conflicto colectivo de apoyo a terceros sobre disputas de competencia relativas al tiempo de trabajo (art. 4:8).

<sup>304</sup> En este sentido, los sindicatos plantearon incluso en los años setenta una concepción distinta de la competencia, considerando que la aplicación de iguales reglas a todos los individuos no cumplía con las exigencias de justicia social, y estableciendo la necesaria adaptación de las mismas a cada individuo. Sobre la posterior evolución de esta concepción, a partir de la entrada en la Unión Europea, véase el Informe de la OCDE “Sweden- The Role of Competition Policy in Regulatory Reform”, 2007, p. 7 y ss.

que no puede ser suprimido por la regulación pública –salvo en el caso de expropiación, y en las condiciones establecidas-. En algunos casos, la protección es incluso más extensa, previéndose la necesidad de indemnización también en la restricción del uso o disfrute del derecho (art. 2:15 Instrumento de Gobierno sueco)<sup>305</sup>. El efecto de estos derechos como límites a la regulación económica ha sido, no obstante, de naturaleza variable, puesto que los órganos judiciales se han mostrado en general reticentes a cuestionar las regulaciones legislativas<sup>306</sup>.

La escasa limitación material de las facultades de regulación económica contrasta con una mayor limitación del procedimiento y la forma por la que deben realizarse, en especial para las regulaciones generales que puedan afectar a la propiedad y a la libertad de empresa. No existe en estas constituciones una reserva de ley general que se imponga como garantía normativa ante su limitación, sino que ello depende de cada precepto, contemplándose diversos supuestos: en algunos, no aparece expresamente reserva alguna al legislador (arts. 104 y 105 Constitución noruega); mientras que en otros esta reserva se refiere exclusivamente al supuesto de expropiación, ya sea en relación con el acto singular de privación de la propiedad (art. 73 Constitución danesa), en relación con las disposiciones generales para la realización de expropiaciones (art. 15 Constitución finlandesa), o bien únicamente para la determinación de los criterios que rigen la compensación (art. 2:15 Instrumento de Gobierno sueco). En relación con la libertad de empresa, no aparece en ningún caso la reserva de ley para su afectación, sino únicamente la obligación de suprimir por ley las restricciones a su contenido que no se basen en el interés público (art. 74 Constitución danesa).

Los instrumentos de regulación económica aparecen, por tanto, ampliamente habilitados en los estados nórdicos, tanto por el contenido derivado de los acuerdos iniciales como por la configuración constitucional de los derechos económicos, que permite la entrada al legislador. Si el contenido de dichas regulaciones no se halla determinado materialmente, quedando a disposición de los poderes públicos siempre que no afecte de forma desproporcionada a estos derechos, las constituciones contienen una mayor determinación de los requisitos formales de esta regulación, reservando a la ley la aprobación de todos o alguno de sus aspectos cuando afecten a los derechos económicos o sean manifestación de la potestad tributaria. Los poderes públicos quedan así ampliamente habilitados a una actividad reguladora del mercado, cuyo

<sup>305</sup> Véase sobre los derechos económicos en los estados nórdicos *supra* en este Capítulo Sección II.C.ii.

<sup>306</sup> Véase STERZEL, Fredrik; “Skatt och egendomsskydd”, *op. cit.*, 2009, p. 111.

ámbito, a pesar de haberse reducido en los últimos años, sigue permitiendo una extensa desmercantilización, especialmente a través de la redistribución y el sistema impositivo.

## **B. Instrumentos administrativos**

Los instrumentos administrativos aparecen en los estados nórdicos como un segundo tipo de mecanismos de intervención pública en la economía, que permiten el ejercicio directo de actividades por el Estado en el sistema económico, más allá de la regulación de las actuaciones privadas. Estos mecanismos suponen el reconocimiento del Estado como sujeto económico, que actúa en el mercado realizando una actividad de producción de ciertos bienes y servicios, lo que sirve a la realización de las tareas que le corresponden en el marco del Estado social: en la medida en que el Estado debe asegurar la realización de ciertas condiciones de procura existencial, su intervención como agente económico le permite llevar a cabo y controlar la producción de los bienes y servicios esenciales, asumiendo un papel importante en el ejercicio, el control y el encuadre de dichas actividades productivas.

La previsión de estos instrumentos administrativos se produce, como se verá, en distintas formas, si bien responden en todo caso a una misma concepción subyacente, que sitúa al poder público como ente capaz de intervenir en la esfera económica y determinar el régimen jurídico de las actividades que asume (apartado i). Dentro de la diversidad de formas de intervención administrativa, puede distinguirse entre las facultades de iniciativa pública –que implican la realización de actividades por el poder público pero no necesariamente su sustracción completa al régimen de mercado- (apartado ii), y las facultades de reserva de actividades al sector público –que implican la sustracción de determinados ámbitos respecto a la realización por la iniciativa privada- (apartado iii). Como se verá, los sistemas nórdicos han acentuado el primer tipo de facultades, habilitando de forma amplia la realización de actividades económicas por el poder público, teniendo las segundas una menor utilización.

### **i. La concepción subyacente a los instrumentos administrativos**

El reconocimiento de instrumentos administrativos de intervención pública en la economía parte de una concepción común del Estado en los países nórdicos, como responsable por la realización de ciertas tareas de igualdad y de satisfacción de las necesidades sociales de la población. Esta concepción se forja progresivamente a menudo que el Estado asume intervenciones en el sistema económico, y se plasma en los acuerdos fundadores del Estado social, reflejándose posteriormente en los textos constitucionales actuales. Si inicialmente la acción pública se circunscribe a la realización y fomento de

actividades económicas que el mercado no puede satisfacer, posteriormente será la satisfacción de las necesidades sociales del individuo lo que centrará la responsabilidad de los órganos públicos. El establecimiento de estos instrumentos del Estado tiende, así, a posibilitar la previsión de un régimen específico para dichas actividades, que pueden en atención a su relevancia ser asumidas por el mismo, decidiendo éste el régimen jurídico al que se hallen sujetas y sustrayéndolas, si así lo desea, al régimen del libre mercado.

La actuación pública de intervención en la economía viene orientada, en todo caso, por un fin de influencia del Estado sobre el sistema económico y los resultados que produce. Ya en un período inicial, la asunción por el Estado de ciertas actividades productivas, como las infraestructuras, redes de comunicación y servicios económicos, se dirige a la realización de actividades demasiado costosas para la iniciativa privada o que no podían llevarse a cabo bajo el estricto régimen de las reglas de mercado, adquiriendo el poder público la responsabilidad sobre ellas con el fin de proveer los mecanismos necesarios para el desarrollo del sistema económico<sup>307</sup>. La actividad pública se dirigía, en esta etapa, a la cobertura de aquellos ámbitos donde la actuación privada era insuficiente, y que se consideraban sectores clave para el crecimiento económico y la mejora del sistema productivo en su conjunto, pero sin incidir propiamente en la actividad privada, que se dejaba a su libre desarrollo.

Posteriormente, la intervención administrativa en la economía adquiere un sentido distinto, utilizándose como instrumento para influir en el conjunto del sistema económico, e incidiendo también en las actividades productivas privadas. Los acuerdos fundadores del Estado social, tanto en su dimensión sindical como en su versión política, contenían un pacto por una determinada actuación pública, que implicaba la intervención del Estado para influir en el ciclo económico, generando empleo público y reactivando la demanda en períodos

---

<sup>307</sup> La intervención del Estado en la economía se produce en estos estados ya desde la segunda mitad del siglo XIX, cuando el poder público asume la prestación de diversos servicios de carácter económico que, por sus características, no podían ser realizados únicamente por la iniciativa privada. El Estado interviene en los sectores donde se producían monopolios naturales, ligados habitualmente a la creación de infraestructuras y que exigían altas inversiones, con una reducida seguridad en su rentabilidad. Se crean, por ejemplo en Suecia, el servicio postal (existente ya desde 1636), el servicio de telégrafos (1856), los ferrocarriles estatales (1876), y el servicio de aguas (1905), que se ejercen en forma de agencias estatales; y se establecen también de forma temprana otras actividades en las que el Estado opera a través de sociedades, como en el ámbito de las minas (1907), el tabaco (1915), el alcohol (1917), o el ámbito de la sanidad (1918). La intervención del Estado se expande posteriormente a otros sectores, asumiendo en el período de entreguerras actuaciones para el fortalecimiento de la industria y de la actividad económica privada, como la provisión de crédito o el aseguramiento de determinadas industrias clave –transporte aéreo, agricultura-. En la segunda posguerra, esta actividad se extiende a la solución de problemas de provisión y cobertura de las necesidades básicas, iniciándose empresas para el aseguramiento de la producción y distribución de energía, así como para la elaboración de los más variados bienes, que se asumen por el poder público a través de sociedades estatales. Véase TERSMAN, Rune; *Statsmakterna och de statliga aktiebolagen*, Nordiska Bokhandeln, Stockholm, 1959, p. 53 y ss. HOLMGREN, Gunnar; *Från problemföretag till kapitalförvaltning. Sveriges statliga företag 1980-2007*, Abo Akademis förlag, Abo, 2009, p. 62 y ss.

recesivos. La realización de obra pública ante la crisis de los años treinta, con el pago de salarios equivalentes a los de mercado, constituyó una de las actuaciones más importantes tras la adopción de los acuerdos de gobierno: la actuación económica del Estado, a través de amplios programas de construcción, logró reducir el desempleo y superar con éxito el período de estancamiento económico, revelándose como instrumento útil para la orientación del sistema económico<sup>308</sup>.

Sin embargo, la mayor utilización de los instrumentos administrativos se produce en relación con la producción de bienes y servicios necesarios para el individuo, a través de la asunción por el Estado –o por su delegación a otras entidades públicas o privadas- de la prestación de determinados servicios que se relacionan con las necesidades sociales básicas de la población. La formación de un proyecto de sociedad que debía constituir un “hogar del pueblo” (*folkhemmet*), donde todas las personas encontraran medios para su propia realización y desarrollo, constituyó el marco en el que se organiza la construcción de una serie de servicios proveídos por el poder público, que complementan las prestaciones económicas otorgadas para asegurar la posición económica del individuo. La provisión de estos servicios se inicia a menudo por entidades distintas al Estado central<sup>309</sup>, pero se asume progresivamente por éste: al menos en lo que se refiere a la regulación de los requisitos que deben cumplir y a su control, y también en su prestación, el Estado ejerce una importante incidencia en estas actividades, asegurando su provisión en determinadas condiciones.

Los instrumentos administrativos de intervención en la economía quedan orientados, en todas sus formas, a la realización por el Estado de ciertas actividades productivas, ligándose a su intervención un régimen específico de la actividad, que se sustrae, siquiera parcialmente, a las reglas del mercado. La atribución al Estado de facultades de iniciativa pública, así como la posibilidad de adquirir en casos puntuales empresas privadas en sectores clave, se justifica por la consideración de ciertas actividades como especialmente relevantes para el conjunto de la sociedad, lo que da lugar a la necesidad de asegurar su producción en condiciones de

---

<sup>308</sup> Así lo expone WHYMAN, Philip; *Sweden and the 'Third Way'*, *op. cit.*, 2003, p. 29. Entre 1932 y 1934 se dedicaron en Suecia 160 millones de coronas a la creación de empleo público, lo que representó doblar el gasto del Gobierno central entre 1930 y 1939. Ello representó un estímulo a la economía sueca de 300 millones de coronas, y supuso la creación de aproximadamente 90.000 puestos de trabajo.

<sup>309</sup> En Suecia, en especial la prestación de servicios sociales se inicia en un primer momento por los distintos municipios, que asumen esta actividad para hacer frente a las necesidades de su población. Los servicios de salud y educación eran prestados inicialmente por entidades religiosas, pero la intervención del Estado se produjo de forma temprana. La adopción de la Iglesia luterana como parte de la estructura estatal sueca dio lugar muy pronto a la creación de un interés público unificado y fortalecido entre las organizaciones religiosas y el Estado. Véase JÄGERSKIÖLD, Stig; "Från fattigvård till socialhjälp. En studie i socialrättens rätthistoria och begreppsbyggnad. Del I", *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, 1955, p. 250.

continuidad y seguridad. La intervención del Estado se vincula, así, al establecimiento de un régimen específico de dicha actividad: ésta puede adquirir múltiples formas, pero la presencia pública asegura el cumplimiento de ciertas condiciones definidas de acuerdo con un procedimiento democrático, y la producción o prestación de los bienes y servicios con ciertas ventajas o prerrogativas ligadas al carácter público de la actividad. El régimen público de la actividad se opone así a su prestación en régimen de mercado, ofreciendo al individuo su obtención en condiciones de Derecho público.

Es cierto que este régimen específico derivado de la intervención del Estado varía en función de la actividad concernida, y de las necesidades que se advierten en la población. En el caso de la producción de infraestructuras básicas, el régimen público ha implicado a menudo su realización en situación de monopolio –cuando otros operadores económicos no hubieran sido rentables- y la oferta de los bienes producidos a precios reducidos, asumiendo el Estado su financiación a través del presupuesto. En el caso de los servicios de carácter social –educación, salud, servicios sociales en sentido estricto-, la intervención pública ha exigido ciertas condiciones de continuidad, igualdad y universalidad en su provisión, al tiempo que se han establecido a precios reducidos y accesibles para toda la población, llegando a la gratuidad en ciertos casos –servicios sociales, educación básica-<sup>310</sup>.

La atribución de estas actividades a la responsabilidad del Estado responde, pues, a una determinada conexión entre la intervención pública y el régimen jurídico que se asigna a dichas actividades, implicando en todo caso la facultad del Estado de decidir el tipo de órgano establecido para la prestación de la actividad, y definiendo el régimen jurídico aplicable, ya sea un régimen de Derecho privado o de Derecho público. La intervención pública supone así, en todo caso, una excepción de las reglas del mercado: por un lado, los requisitos de la producción y de precio no se establecen por una regulación automática en función de la oferta y la demanda, sino por una regulación pública, que determina las condiciones de calidad y las obligaciones que deben cumplirse; por otro lado, la producción por órganos o entidades de titularidad pública posibilita ventajas competitivas en cuanto a su financiación y a las condiciones en que operan, que pueden ser establecidas libremente por el Estado para favorecer una adecuada prestación<sup>311</sup>.

---

<sup>310</sup> En Suecia, el artículo 2:18 del Instrumento de Gobierno establece el derecho a la educación básica gratuita, lo que se desarrolla en la Ley 1985:1100 de Educación. La gratuidad de los servicios sociales se establece en la Ley 2001:453 de Servicios Sociales (arts. 1 a 3 del Capítulo 4).

<sup>311</sup> Así lo expone MODÉEN, Toré; “L’idée de service public en Suède et Finlande”, en MODERNE, Franck; MARCOU, Gérard; *L’idée de service public dans le droit des états de l’Union européenne*, L’Harmattan, Paris, 2001, p. 211 y ss.

La actividad pública en cierto ámbito no excluye, por tanto, la existencia de actividades privadas, pero supone la facultad del Estado de determinar el régimen jurídico, cuando menos, de las actividades que se encuentren bajo su titularidad. El poder público puede, según su consideración como más o menos esenciales para el individuo, decidir las condiciones de prestación que considere más adecuadas, lo que no implica, en todo caso, la derogación al régimen de mercado, pero no cierra tampoco esta posibilidad. Los instrumentos administrativos permiten, así, sustraer al sistema económico la provisión de determinados bienes y servicios relevantes, que se ofrecerán en condiciones distintas por la vía pública, asegurando a todos los individuos su obtención en igualdad: se trata, por tanto, de instrumentos orientados a la “desmercantilización” de ciertas actividades, que permiten al sujeto su obtención en determinadas condiciones, garantizándole una cierta desvinculación respecto a su situación económica y a los condicionantes del mercado.

## **ii. Las facultades de iniciativa pública económica**

Los instrumentos administrativos de intervención pública en la economía no adquieren en los estados nórdicos un reconocimiento constitucional extenso. Los textos fundamentales actuales contienen sólo algunas referencias dispersas a ciertas formas de actuación administrativa en relación con el sistema económico, pero no se halla en estos ordenamientos una específica construcción de la “constitución económica”, que señale las posibilidades de incidencia del poder público en la esfera de las relaciones sociales y del mercado. Sin embargo, se produce desde los acuerdos iniciales una cierta aceptación de estas facultades del poder público, que se utilizan en la práctica y se extienden progresivamente, y que se reflejan posteriormente en los textos constitucionales, si bien de forma breve.

Las facultades de iniciativa pública se ejercen en una primera etapa sin una específica habilitación constitucional, adoptándose en la práctica por el Estado la actuación económica que considera necesaria. La concepción matizada de los derechos económicos, entendidos como entidades dependientes de la legislación existente, facilita la realización de dichas intervenciones, que no requieren de una específica sanción a nivel fundamental sino que se admiten como facultades naturales del poder público. Los acuerdos iniciales implican la aceptación tácita de las facultades de intervención económica del Estado, que se hallaban implícitas en el programa económico y social de los partidos de gobierno: la doctrina económica predominante –próxima, como se vio, a los postulados keynesianistas-, junto con el objetivo social de realizar un orden social inclusivo, implicaba la aceptación de la intervención del Estado como agente económico, incidiendo en el funcionamiento del

mercado mediante la asunción de actividades productivas orientadas a la realización de objetivos sociales –inicialmente, la reducción del desempleo, y posteriormente objetivos de provisión de bienes y servicios-<sup>312</sup>.

Ello se ha reflejado, posteriormente, en los textos constitucionales nórdicos, donde aparecen ciertos principios que denotan la aceptación de algunas facultades de intervención del poder público en el sistema económico. Se reconocen, en primer lugar, facultades de iniciativa pública, que se derivan del Instrumento de Gobierno sueco, deduciéndose de la previsión de que “los bienes del Estado están a disposición y son administrados por el Gobierno” (art. 9.8), como facultad del Gobierno de utilizar los bienes públicos para la creación de empresas estatales<sup>313</sup>. A ello se añade, tanto en Suecia como en Finlandia, la posibilidad de delegación de tareas administrativas a “sujetos distintos a las autoridades públicas”, siempre que no impliquen “el ejercicio de poder público” (art. 12:4 Instrumento de Gobierno sueco, art. 124 Constitución finlandesa), lo que implica que las funciones administrativas podrán atribuirse a órganos de Derecho privado, siendo posible realización de servicios por otras entidades, bajo tutela o control del Estado<sup>314</sup>.

El contenido de las facultades de iniciativa pública reconocidas sobre esta base no se halla explicitado de forma detallada en los textos constitucionales. Los supuestos materiales en que pueden ejercerse estos instrumentos se hallan definidos de forma muy amplia, ya sea por la ausencia de referencia alguna a dicho aspecto, ya sea por su definición a través de conceptos jurídicos indeterminados. El Instrumento de Gobierno sueco establece que los bienes del Estado están a disposición y son administrados por el Gobierno, “siempre que no estén previstos para autoridades bajo el Parlamento o que no se hayan apartado para la Administración especial” (art. 9:8), lo que se ha interpretado como una facultad del Gobierno de libre utilización de sus propios bienes, con los que puede emprender actividades

---

<sup>312</sup> Véase LINDBECK, Assar; *Swedish Economic Policy, op. cit.*, 1975, p. 26 y ss, quien señala el reducido rol de las nacionalizaciones en Suecia en contraste con el fuerte papel del Estado en la economía, atribuyéndolo al programa de la Confederación sindical sueca, que consideraba que en la medida en que la empresa privada tuviera éxito en dar a las masas tantos bienes como fuera posible, el Estado no debía entrar en estas actividades.

<sup>313</sup> Así lo indica HOLMGREN, Gunnar; *Från problemföretag till kapitalförvaltning. Sveriges statliga företag 1980-2007*, Abo Akademis förlag, Abo, 2009, p. 72.

<sup>314</sup> La atribución de funciones administrativas a sujetos de Derecho privado los dota de una mayor libertad económica, puesto que no se trata de entidades directamente dirigidas por el Estado sino donde éste tiene la mayoría de acciones. La sujeción al Derecho privado conlleva la supresión de todos los controles propios de la actividad pública, excepto cuando la tarea atribuida implique el ejercicio de poder público, caso en el que estará sujeta a control público y a normas de Derecho público (art. 12:4 Instrumento de Gobierno). Véase STRÖMBERG, Håkan, LUNDELL, Bengt; *Allmän förvaltningsrätt*, op. cit., 2008, p. 30.

económicas<sup>315</sup>. Aunque no se hace referencia al supuesto material en que podría darse, la previsión de los casos en que se halla excluida permite deducir *a contrario* la posibilidad de ejercerla en cualquier otro supuesto, sin exigir una particular justificación o interés que deba motivar su ejercicio.

Lo mismo ocurre en relación con la facultad de delegación de funciones administrativas a sujetos privados, por las que el Estado puede atribuir a empresas particulares la realización de tareas públicas. El artículo 12:4 del Instrumento de Gobierno sueco establece que “las funciones administrativas también se podrán delegar a otras entidades jurídicas o a individuos”, exigiendo la delegación por ley “si esta función implica el ejercicio de poder público”, pero sin limitar o requerir situaciones materiales concretas para justificar esta actuación<sup>316</sup>. En la Constitución finlandesa se concretan en mayor medida las circunstancias en que puede darse esta delegación a sujetos privados, admitiéndola sólo “si es necesario para la realización apropiada de la tarea, y si los derechos y libertades fundamentales, los recursos legales y otros requisitos de buena gobernanza no se ponen en peligro” (art. 124). La referencia, sin embargo, a conceptos indefinidos y vagos –necesidad, adecuación de la tarea-, deja al poder público una amplia facultad de valoración, pudiendo apreciar con una gran libertad la concurrencia de estas circunstancias de justificación.

La posibilidad de ejercicio de actividades económicas por el Estado sin unos específicos presupuestos materiales deriva en los países nórdicos de la amplia aceptación de los instrumentos administrativos en los acuerdos fundadores del Estado social, que admitían la intervención a través de las facultades de iniciativa pública de forma general. Los acuerdos políticos de gobierno, junto con la concepción socialdemócrata del Estado, contenían una habilitación general para la intervención del poder público en la economía, que se orientaba a la realización de un específico proyecto de sociedad, pero que no requería de una especial justificación para la creación de empresas públicas. La decisión sobre la utilización de estos instrumentos recaía, así, completamente en el poder público, a quien correspondía, como

---

<sup>315</sup> Véase HOLMGREN, Gunnar; *Från problemföretag till kapitalförvaltning. Sveriges statliga företag 1980-2007*, op. cit., 2009, p. 72.

<sup>316</sup> El concepto de “ejercicio de poder público” (*myndighetsutövning*) es un concepto central en el Derecho administrativo sueco, que aparece en la Ley 1986:223 de Administración, pero no se define concretamente en ella. La anterior Ley de Administración lo definía como el ejercicio de poder que implique para el individuo una determinación vinculante de una prestación, derecho, obligación, consecuencia disciplinaria, o situación comparable. Se trata, por tanto, del ejercicio de poder que se produce en una relación entre el individuo y el poder público, en virtud de la facultad legal de la Administración para realizar una actuación respecto al individuo, y con carácter vinculante para el mismo. Comprende claramente las situaciones que son perjudiciales para el individuo, pero también las decisiones favorables, como el otorgamiento de una autorización, un permiso o un servicio concreto. Véase WARNLING-NEREP, Wiweka; *En introduktion till förvaltningsrätten*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2008, p. 30 y ss.

representante del interés general, la apreciación de las circunstancias materiales, interviniendo en aquellos supuestos donde considerara que la actividad económica ejercida podía ser de utilidad.

De forma similar, las facultades que entrañan estos instrumentos quedan definidas de forma muy general, como también las implicaciones que suponen en cuanto al régimen jurídico de las actividades económicas. El poder público tiene, por lo general, una amplia libertad en la determinación de estos aspectos, pudiendo establecer el régimen que considere más adecuado para cada actividad, y conteniendo la Constitución sólo en algunos casos específicos una determinación cerrada de las implicaciones de régimen jurídico que conlleva el ejercicio de una facultad. Esta libertad se halla, no obstante, más limitada en cuanto a la determinación de la sujeción de la empresa a las reglas del mercado: el reconocimiento reciente en los estados nórdicos de los derechos económicos conduce a una limitación notable en la facultad de excluir las reglas de mercado, que condiciona la aplicación de los instrumentos administrativos, restringiendo las posibilidades existentes anteriormente.

La facultad de iniciativa pública que se deduce del Instrumento de Gobierno sueco (art. 9:8), parece indicar la capacidad de realizar con los bienes estatales las actividades que se consideren convenientes, dedicando y empleando los elementos necesarios según las necesidades del sector y de acuerdo con una correcta asignación de recursos públicos escasos. Más allá de ello, no obstante, no se establece la forma que debe adquirir la empresa creada, ni los rasgos de su organización o funcionamiento, cuestiones que derivarán de la decisión del Gobierno, admitiéndose una amplia variedad de formas: se han creado, así, actividades económicas públicas que se ejercen directamente por la Administración, pero también actividades ejercidas por entidades donde el Estado ostenta la mayoría de acciones, y que pueden constituirse como sujetos de Derecho público o de Derecho privado<sup>317</sup>.

Lo mismo sucede en relación con la facultad de delegación de actividades públicas a otras personas jurídicas o a sujetos privados, donde no se establece expresamente, más allá de este principio general, la forma que debe adoptar el ejercicio de estas funciones públicas ni las actuaciones que podrá realizar el poder público en relación con ellas (art. 12:4 Instrumento de Gobierno sueco, art. 124 Constitución finlandesa). Las disposiciones constitucionales prevén, únicamente, la posibilidad de delegación de las funciones administrativas a entidades distintas

---

<sup>317</sup> Véase STRÖMBERG, Håkan, LUNDELL, Bengt; *Allmän förvaltningsrätt, op. cit.*, 2008, p. 29 y ss. El establecimiento de las empresas públicas como sujetos de Derecho privado, en forma de sociedades, les proporciona una mayor libertad económica, puesto que conlleva la supresión de todos los controles de Derecho público a los que se someten las entidades directamente gestionadas por el Estado, que forman parte de la Administración pública.

a las autoridades públicas, sin establecer claramente cuáles son estas entidades –se hace referencia a “entidades distintas”, a “otras entidades jurídicas” y a “individuos”- ni en qué forma deberán ejercer su actividad como consecuencia de la delegación realizada<sup>318</sup>. Sin embargo, sí se establece en estos casos la sujeción de la actividad a ciertos requisitos de forma y a un régimen jurídico determinado: esta delegación deberá establecerse por ley y sujetarse a un régimen de Derecho público; mientras que en el sistema finlandés, las posibilidades de delegación quedan limitadas a las autoridades públicas. Las funciones de poder público pueden atribuirse por tanto a diversos tipos de sujetos, pero quedan subordinadas en todo caso a un régimen de Derecho público, que supone la aplicación de las normas propias de la Administración pública y, por tanto, la sujeción a una serie de controles que verifican la adecuación de su realización<sup>319</sup>.

Los requisitos de forma para la aplicación de dichos instrumentos aparecen en cierta medida establecidos en las constituciones. En relación con la iniciativa pública, el Instrumento de Gobierno sueco (art. 9:8), establece que “el Parlamento decide los principios para la administración y disposición de los bienes del Estado”, y que “el Parlamento puede también decidir que las medidas de una particular naturaleza no puedan ser adoptadas sin su consentimiento” (art. 9:9), previendo por tanto una reserva al Parlamento –no necesariamente a la ley- que afecta sólo a los principios para la utilización de este instrumento, pero que no concierne a la totalidad de su ejercicio, ni requiere, para su activación en los casos singulares de creación de empresas, la intervención de este órgano. En relación con las facultades de delegación de tareas administrativas a otros sujetos públicos o privados, tanto el Instrumento de Gobierno sueco (art. 12:4) como la Constitución finlandesa (art. 124) exigen también la intervención de la ley, si bien permiten la existencia de una ley general que establezca los supuestos y condiciones generales para la transmisión de este tipo de funciones a sujetos privados, no requiriendo para su activación singular la intervención del legislador.

Las facultades de iniciativa pública económica se establecen, por tanto, con una amplia configuración en los textos constitucionales nórdicos, que deriva de su aceptación general en

---

<sup>318</sup> Aun así, el Instrumento de Gobierno sueco, antes de su reforma de 2012, especificaba en mayor medida los destinatarios posibles de esta delegación, haciendo referencia a compañías limitadas, asociaciones, colectivos, fundaciones, comunidades religiosas registradas, o personas privadas. Ello da una idea de los sujetos que se entienden incluidos en el precepto, a pesar de que su relación se haya suprimido en la versión actual.

<sup>319</sup> Así lo señalan STRÖMBERG, Håkan, LUNDELL, Bengt; *Allmän förvaltningsrätt, op. cit.*, 2008, p. 30, estableciendo que, de acuerdo con el artículo 12:4 del Instrumento de Gobierno, la atribución a un sujeto privado de una tarea que implica el ejercicio de poder público supone su sujeción a las normas de Derecho público, aplicándose los controles del Ombudsman parlamentario, del Canciller de Justicia, las reglas sobre transparencia y secretos de las autoridades administrativas, y las normas sobre responsabilidad penal en el ejercicio de su actividad.

los acuerdos originarios del Estado social, y que no somete su ejercicio a condiciones materiales o formales concretas, más allá de la exigencia de la intervención del Parlamento o de la reserva de ley en ciertos supuestos. El poder público tiene la facultad de intervenir en el ámbito económico, creando empresas de nuevo o transfiriendo funciones públicas a entidades distintas, y pudiendo determinar con cierta libertad el régimen jurídico al que se hallarán sujetas: en la medida en que dicha intervención no afecte a los derechos económicos de los particulares –y no sustraiga, por tanto, ciertos sectores de actividad al mercado–, la intervención pública puede regirse por los criterios y obligaciones fijadas por el Estado, separándose así del régimen puro de mercado.

### **iii. Las facultades de reserva de actividades económicas al sector público**

Las facultades de reserva de ciertas actividades al sector público, impidiendo totalmente su prestación por la iniciativa privada, se hallan en los estados nórdicos poco desarrolladas. Ello deriva ya de la concepción del sistema económico en los acuerdos iniciales, y se ha plasmado posteriormente en los textos constitucionales, que contemplan únicamente ciertas facultades de adquisición de empresas y de expropiación, pero no instrumentos de nacionalización de sectores completos. La intervención pública en la economía ha seguido, al contrario, un marcado sentido potenciador del sistema económico: no se emprenden, en los estados nórdicos, amplias operaciones de nacionalización de empresas privadas y sectores de la economía, sino que sólo aisladamente se trazan limitaciones a los derechos económicos, permitiéndose generalmente su ejercicio en los sectores económicos en concurrencia con la actividad pública<sup>320</sup>.

Los acuerdos de gobierno de los años treinta no incluían en los estados nórdicos una opción por el acometimiento de un programa extenso de nacionalización de empresas, como sí ocurrió en algunos estados continentales. La defensa en los años veinte por el Partido Socialdemócrata sueco de un vasto programa de nacionalizaciones, con el establecimiento de una Comisión de socialización, dio lugar a su derrota en las subsiguientes elecciones, lo que ocasionó la exclusión de dicho instrumento posteriormente, descartándose la realización de nacionalizaciones de forma general<sup>321</sup>. Las facultades de intervención administrativa en la

<sup>320</sup> STRÖMBERG, Håkan, LUNDELL, Bengt; *Allmän förvaltningsrätt, op. cit.*, 2008, p. 27 y ss.

<sup>321</sup> Véase VERNEY, Douglas V.; *Public Enterprise in Sweden*, Liverpool University Press, England, 1959, p. 14 y ss, quien identifica asimismo como causas de la distinta aproximación nórdica a las nacionalizaciones los caracteres del sistema político sueco, con una autoridad difusa entre distintos órganos, la eficiencia habitual de las compañías suecas, el clima de paz social y el elevado nivel de vida igualitario, que hacen innecesarias tales operaciones.

economía se hallan implícitamente establecidas en estos acuerdos, pero no existe una facultad general de privación de los derechos económicos: ésta se admite sólo en casos singulares y se utiliza únicamente cuando la iniciativa privada no puede cumplir adecuadamente con sus fines, dando lugar sólo a algunas nacionalizaciones puntuales<sup>322</sup>.

Ello no implica que la actividad pública de intervención en la economía no supusiera en estos estados limitación alguna de los derechos económicos. Esta limitación existía en casos específicos de adquisición de empresas privadas por el poder público, pero no se establecía ni se utilizaba por el Estado una facultad general de nacionalización o asunción de la titularidad de todo un determinado sector de actividad. La opción de los sucesivos gobiernos, durante largo tiempo, por el establecimiento de empresas públicas en forma competitiva –sin excluir, por tanto, a las empresas privadas, sino compitiendo con ellas y estimulándolas<sup>323</sup>, muestra la particular concepción de la socialdemocracia en los países nórdicos, donde a pesar de una comprensión jurídica matizada de los derechos económicos, se ha priorizado, por razones políticas y económicas, el mantenimiento de estos derechos en los ámbitos comerciales e industriales como vía para un mayor crecimiento y desarrollo<sup>324</sup>. En los ámbitos de actividades sociales la producción de bienes y servicios ha recaído ampliamente sobre el poder público, excluyéndose, durante un largo período, la existencia de actividades privadas, pero ello se ha producido a través de políticas que desincentivaban la iniciativa privada –a través de una mayor financiación de los centros públicos-, y no por medio de nacionalizaciones completas de sectores económicos<sup>325</sup>.

---

<sup>322</sup> La asunción de actividades por empresas públicas no se ha producido casi nunca en monopolio, y cuando lo ha hecho ha sido en sectores que no pueden funcionar por sí solos (como los ferrocarriles), o en ámbitos donde se quería ejercer un estricto control en aras a la salud pública (vino, tabaco). VERNEY, Douglas V.; *Public Enterprise in Sweden, op. cit.*, 1959, p. 14 y ss.

<sup>323</sup> En el sector de la banca, por ejemplo, no se optó en Suecia por una amplia nacionalización de los mayores bancos, sino que se estableció una institución estatal para competir con ellos, creando el Banco de Crédito Sueco.

<sup>324</sup> En este sentido, LINDBECK, Assar; *Swedish Economic Policy, op. cit.*, 1975, p. 8 y ss.

<sup>325</sup> Los servicios de educación, servicios pre-escolares, salud, y servicios sociales han quedado durante mucho tiempo al margen de la iniciativa privada y la competencia, prestándose únicamente por el poder público (en especial, los municipios y condados). Así se desprende de las leyes que han regulado estos servicios, que establecían la responsabilidad de los entes públicos sobre su prestación, y prevenían al mismo tiempo medidas que desincentivaban intensamente la actividad privada, a través de la falta de financiación. En el ámbito de la salud, por ejemplo, tras el establecimiento del sistema de seguro general de salud (1953), se obligó a los hospitales públicos a proveer atención ambulatoria a todos los pacientes, otorgándoles para ello amplios subsidios, lo que dejó a los proveedores privados fuera del mercado. Posteriormente, el establecimiento de un precio fijo para todas las visitas y tratamientos, y la conversión de todos los médicos de hospitales en empleados públicos, restringiendo sus posibilidades de realizar actividades privadas paralelamente, contribuyó a la creación de un sistema de salud donde la actividad privada era casi inexistente. Lo mismo ha ocurrido en el ámbito de la educación y de los servicios sociales: el establecimiento en 1950 de un sistema educativo básico conllevó la supresión de las actividades privadas de educación preexistentes a través de la restricción severa de la

Ello se refleja posteriormente en los textos constitucionales, que contienen sólo facultades de adquisición singular de empresas por el poder público, pero no instrumentos de reserva de sectores o ámbitos fuera del mercado. La referencia, en la Constitución finlandesa, al “uso del poder de accionista en empresas efectivamente controladas por el Estado”, y a la “adquisición o la renuncia del control efectivo del Estado sobre una empresa” (art. 92), supone el reconocimiento de la facultad de adquisición, control y transmisión de una empresa a través de la participación del Estado en su accionariado, remitiendo al legislador las normas que deben regir esta actuación. Las facultades que implican estos instrumentos se hallan definidas de forma general, habilitando una actuación del Estado que debe ser determinada en gran medida por el legislador: el Estado puede adquirir el control efectivo sobre una empresa a través de sus acciones, así como renunciar a él, remitiéndose al legislador la regulación concreta sobre el ejercicio y uso de estos poderes, sin establecer por tanto los supuestos materiales en que pueden darse. La intervención del Estado por adquisición de la titularidad de su accionariado implicará un mayor poder de decisión para el poder público, pero no modificará, en principio, la sujeción de la misma al régimen jurídico privado, por el que se regía anteriormente.

En las demás constituciones nórdicas, no aparecen explícitamente facultades de este tipo, si bien se hace referencia en todas ellas a la posibilidad de expropiación de la propiedad privada, lo que puede dar lugar a la adquisición de una empresa por el poder público. Las constituciones exigen en estos casos ciertas circunstancias materiales para la realización de una expropiación –se exige la presencia de un interés público (art. 73.1 Constitución danesa), de un interés público urgente (art. 2:15 Instrumento de Gobierno sueco), de un uso público (art. 105 Constitución noruega), o de necesidades públicas (art. 15 Constitución finlandesa)-, pero se trata una vez más de conceptos indeterminados, cuya valoración corresponde al poder público y que deben ser controladas en sede judicial. No se establece, en ningún caso, el régimen jurídico o la forma que deberán adoptar dichas actividades, pudiendo los poderes públicos adoptar el régimen que consideren adecuado, según las necesidades y características que presente la actividad.

---

financiación estatal a las escuelas privadas; y en relación con los servicios sociales, la temprana responsabilidad del Estado y los municipios en la materia dio lugar a la desaparición de las entidades privadas en este ámbito. Véase BLOMQUIST, Paula; “The Choice Revolution: Privatization of Swedish Welfare Services in the 1990s”, en *Social Policy & Administration*, vol. 38, nº 2, 2004, p. 141 y ss. HARTMAN, Laura (ed.); *Konkurrensens konsekvenser. Vad händer med svensk välfärd?*, SNS Förlag, Stockholm, 2011, p. 9 y ss, quien expone el cambio que han sufrido estas condiciones en los últimos años.

El reconocimiento constitucional de los derechos económicos supone, no obstante, la limitación de las facultades del Estado de excluir o limitar las reglas del mercado en aquellos ámbitos en que interviene. El reconocimiento constitucional de la libertad de empresa, y especialmente la adaptación de la legislación sobre la competencia a las normas del Derecho de la Unión Europea<sup>326</sup>, han conllevado una profunda transformación de estas facultades del Estado, que queda estrictamente limitado en su actividad de intervención económica. El poder público no puede establecer ámbitos en que se excluya completamente la iniciativa privada, ni realizar conductas que puedan suponer una alteración de las posibilidades de competencia entre las empresas públicas y privadas, quedando por tanto sus facultades de desmercantilización estrictamente encuadradas. Si ello no impide la realización de estas actividades por la vía pública, sí dificulta la realización de actuaciones que desincentiven la iniciativa privada en el mismo ámbito, y que otorguen mayores ventajas a los entes públicos: así se ha reflejado, de hecho, en la legislación reciente sobre servicios económicos y sociales, que abre el sector a los proveedores privados, estableciendo la posibilidad de los individuos de escoger a otras entidades<sup>327</sup>.

Los instrumentos de reserva al sector público quedan por tanto, en los estados nórdicos, fuertemente limitados, tanto por su configuración inicial como por la incidencia del fortalecimiento constitucional de los derechos económicos. Se admite la adquisición puntual de empresas, ya sea a través de facultades específicas o de una expropiación, pero ello no puede desnaturalizar el derecho a la libertad de empresa, ni excluir de un ámbito determinado la iniciativa privada. Incluso las actuaciones de desincentivo, que no implicaban propiamente la prohibición de las actividades privadas sino sólo el favorecimiento de actuaciones públicas, quedan crecientemente excluidas en la medida en que afectan igualmente a la libertad de empresa. La intervención pública en el sistema económico no puede excluir ni reducir excesivamente la iniciativa privada, lo que da lugar a una modificación sustancial del ejercicio anterior de estos poderes en dichos estados.

---

<sup>326</sup> En 1993 se aprueba en Suecia la Ley 1993:20 de la Competencia, que introduce un cambio en la aproximación a esta materia, abandonando el principio de negociación con las empresas y el control de precios, para adoptar los principios propios de los Tratados y las normas de la Unión Europea. La nueva Ley 2008:579 mantiene la misma aproximación, actualizando los cambios del Derecho europeo.

<sup>327</sup> Así se ha establecido en Suecia recientemente a través de la Ley 2007:1091, sobre contratación pública, y de la Ley 2008:962 sobre el sistema de libertad de elección, en las que se prevé la posibilidad de los particulares de concurrir en la oferta de servicios a los municipios o condados, pudiendo los consumidores elegir entre varios proveedores de servicios. La privatización de los servicios supone un importante cambio en el esquema de provisión igualitaria y universal, si bien se produce en Suecia únicamente en la provisión de los servicios, y no en su financiación, que sigue siendo en gran parte pública. Véase BLOMQVIST, Paula; "The Choice Revolution: Privatization of Swedish Welfare Services in the 1990s", *op. cit.*, 2004, p. 140.



## **CAPÍTULO 3. EL MODELO CONTINENTAL DE ESTADO SOCIAL**

El modelo continental de Estado social surge de una respuesta a la cuestión social que adquiere rasgos distintos a la construcción nórdica. Las particularidades del contexto social continental, junto con la mayor presencia del constitucionalismo en la construcción estatal, dan lugar a un Estado social que adquiere, dentro de las diversidades de cada ordenamiento, una forma jurídica articulada a través de la norma constitucional.

La construcción de esta forma jurídica aparece, en los diversos estados, dotada de unos mismos elementos materiales y formales, que se insertan en la norma constitucional realizando una determinada función en el ordenamiento. Éstos pueden tener significados y contenidos diversos, pero la problemática que plantean es, desde un punto de vista teórico, la misma, pudiendo analizarse sus rasgos comunes y examinar en qué medida pueden operar como conformadores de una garantía del Estado social. Se expondrá así el fundamento constitucional de dicha articulación jurídica en los estados continentales (Sección I), para examinar posteriormente sus elementos materiales (Sección II) y formales (Sección III). No se trata de analizar en concreto el contenido de dichos elementos en cada ordenamiento, sino de ver, desde una perspectiva teórica, los aspectos comunes que tienen estos sistemas en la conformación del Estado social, analizando la problemática que plantea la garantía de estos elementos a través de la norma constitucional.

### **SECCIÓN I. LA ARTICULACIÓN JURÍDICA DEL MODELO CONTINENTAL DE ESTADO SOCIAL**

El modelo continental de Estado social se articula entorno a un complejo equilibrio que se basa en la colaboración entre la norma constitucional y la acción legislativa. La Constitución determina normativamente la acción del Estado, pero no de forma absoluta, generando una cierta apertura del nivel fundamental al legislador en la realización de la configuración social. Puede hablarse, así, de un pacto fundador constitucional del Estado social, que se basa en una concepción propia de la Constitución en los estados continentales, como norma que obtiene una condición de supremacía normativa a través de la incorporación de contenidos materiales que generan la integración y la adhesión de la población (Sección A). Ello surge de un determinado desarrollo de la doctrina constitucional en los estados continentales – especialmente en Alemania-, que se expande progresivamente a todos los estados,

incorporando a la Constitución elementos materiales, así como ciertos instrumentos formales que permiten su realización (Sección B).

### **A. Un pacto fundador basado en la Constitución normativa y material**

La articulación jurídica del modelo continental de Estado social tiene origen en un pacto fundacional que se plasma a nivel constitucional. A diferencia de los países escandinavos, donde el Estado social se sitúa en gran parte al margen del Derecho constitucional, los países continentales ubican en la norma fundamental los elementos esenciales de esta forma de Estado, integrándolos en una estructura propia del Estado de Derecho y transformándola, al mismo tiempo, para la realización de nuevos fines. Ello requiere, no obstante, una específica concepción de la Constitución que surge únicamente tras un largo proceso de construcción: sólo la concepción normativa de la norma fundamental, basada en el consenso y en la participación democrática, puede establecer los valores y principios materiales que dan lugar a la integración de todos los individuos, orientando a este sentido la actuación pública y ofreciendo un cierto marco jurídico para la nueva forma de Estado.

Así se muestra en las múltiples tentativas que históricamente se habían realizado en el reconocimiento de derechos y principios de carácter social. Si los estados continentales han buscado en mayor medida la garantía de estos elementos a través de la Constitución –piénsese en las constituciones francesas de 1793 y de 1848, en la Constitución alemana de 1919, o en la Constitución española de 1931<sup>328</sup>–, el fracaso de dichas experiencias denota la dificultad de

---

<sup>328</sup> El constitucionalismo revolucionario inicial tenía ciertos contenidos sociales. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cifraba su finalidad, en su preámbulo, en la posibilidad de que las reclamaciones de los ciudadanos “al ser dirigidas por principios sencillos e incontestables, puedan tender siempre a mantener la Constitución y la felicidad de todos”. A pesar de que ello no tuvo reflejo en la Constitución francesa de 1791, la Constitución de 1793 hacía referencia al derecho al trabajo y a la asistencia pública (art. 21), así como al derecho a la instrucción pública (art. 22), si bien no llegó a ser aplicada. Las referencias sociales se perdieron hasta la Constitución de 1848, donde se estableció el deber de la República de “por una asistencia fraternal, asegurar la existencia de los ciudadanos necesitados, ya sea procurándoles trabajo, dentro de los límites de sus recursos, ya sea dando, en defecto de familia, socorro a aquellos que estén fuera de estado de trabajar” (art. VIII). Las Leyes constitucionales francesas de 1875 no establecieron una declaración de derechos, y el contenido social no se recuperaría hasta la Constitución de 1946, cuyo preámbulo se refiere a la Declaración de derechos de 1789 y prevé diversos derechos sociales. En Alemania, el reconocimiento constitucional de derechos sociales se produce por primera vez en la Constitución de Weimar (1919), que establece, entre otros, la protección de la familia (art. 119) y de la juventud (art. 122), el derecho a la educación (art. 142), la organización de la economía de acuerdo con principios de justicia (art. 151), el derecho de propiedad, cuyo contenido se determina por las leyes (art. 153), la libertad sindical (art. 159), y el derecho a la negociación colectiva y a la participación de los trabajadores en los consejos de empresa y de distrito (art. 165). En España, la Constitución de Cádiz preveía que el objeto del Gobierno es “la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen” (art. 13), y establecía la obligación de los ayuntamientos de mantener los hospicios e instituciones de beneficencia (art. 321). La Constitución de 1837 y la Constitución de 1845 omiten toda referencia al bienestar general, y la Constitución de 1869 recoge solamente la libertad de educación (art. 24) y el derecho de asociación (art. 17). No sería hasta la Constitución de 1931 cuando se incorporarían ampliamente contenidos relativos al orden social y

establecer estos elementos a nivel fundamental, sin un marco de aplicación constitucional que fuera más allá de su concepción puramente liberal. Por ello, a partir de la II Guerra Mundial la opción constitucional por el Estado social entrañará, de forma conexas, un cambio y renovación en la comprensión de la norma fundamental. Ésta no se define ya únicamente por un criterio formal de rigidez o superioridad normativa, sino que recupera su contenido material, enriquecido con la incorporación de nuevas disposiciones relativas a valores, principios fundamentales y determinaciones de fines estatales, que suponen su consideración en relación con una concreta realidad social. La elaboración de esta concepción constitucional, que parte especialmente de la doctrina alemana, se acoge posteriormente por los demás estados europeos, adaptándola a sus circunstancias pero manteniéndola en sus principios y elementos básicos.

La modificación del concepto de Constitución se produce, en primer término, en el ordenamiento alemán, donde la doctrina y la jurisprudencia acogen una cierta concepción material de la norma fundamental. La definición iuspositivista pura de la Constitución, que separa radicalmente el Derecho y su contenido considerando la norma constitucional únicamente en atención a sus propiedades formales –superioridad jerárquica, previsión de las formas de producción del Derecho<sup>329</sup>–, se supera progresivamente, aceptándose plenamente su normatividad pero identificando, al mismo tiempo, una función material de esta norma, que la configura, no sólo como una pieza formal del ordenamiento jurídico, sino como elemento cargado de significación política y social<sup>330</sup>.

---

económico en la declaración de derechos (Título III). Véase DESLANDRES, Maurice; *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, Armand Colin, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1932, Vol. II, p. 345 y ss; BODINEAU, Pierre; VERPEAUX, Michel; *Histoire constitutionnelle de la France*, PUF, Paris, 2000, p. 56 y ss; GODECHOT, Jacques; *Les Constitutions de la France depuis 1789*, GF-Flammarion, Paris, 1995, p. 254 y ss. HELLER, Hermann; “El Derecho constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales. De la economía”, en *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 269 y ss; BÜHLER, Ottmar; “Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos”, en *La Constitución de Weimar. La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 115 y ss. GONZÁLEZ CASANOVA, José Antonio; *Teoría del Estado y Derecho constitucional*, Ed. Vicens-Vives, 1983 (2ª ed.), p. 395 y ss. VILLABONA BLANCO, Mª Pilar; “La Constitución mexicana de 1917 y la española de 1931”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 31-32, 1983, p. 199 y ss.

<sup>329</sup> La definición formal de la Constitución va ligada al proceso de depuración emprendido por el iuspositivismo. Así, para JELLINEK la fuerza de ley formalmente superior es lo determinante del concepto de Constitución del Estado. Para KELSEN, la norma fundamental se caracteriza únicamente por su superioridad formal al resto del ordenamiento, independientemente de su contenido, que sólo debía determinar el procedimiento de creación de las normas inferiores. Véase JELLINEK, Georg; *Teoría general del Estado*, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1973, p. 382 y ss. KELSEN, Hans; *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1995, p. 147 y ss.

<sup>330</sup> En este sentido, STERN, Klaus; *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 211 y ss, p. 277.

Ya en el período de Weimar, la doctrina había puesto de relieve la necesidad de considerar la norma fundamental en atención a la realidad que la envuelve, poniendo énfasis en los efectos que tiene a nivel político y social. Si en la concepción positivista la norma fundamental era esencialmente neutra, presentándose su contenido como inherente e inmodificable según su propia naturaleza –una norma únicamente apta para la garantía de la libertad-, las dificultades constitucionales de la etapa de Weimar llevarían a la construcción de un concepto opuesto de Constitución, en el que se resaltan las opciones políticas que lleva implícitas, así como sus efectos materiales en el conjunto de la sociedad. Para SCHMITT, por ejemplo, la Constitución contiene una decisión fundamental sobre la forma de Estado, que constituye la manifestación de una voluntad política previa y que, reflejada en la norma, trasciende su dimensión jurídica, insertándola en el ámbito de lo político<sup>331</sup>. Para SMEND, la norma fundamental debe entenderse no únicamente como ordenación jurídica estanca, sino como ordenación de la dinámica vital que se desarrolla en el Estado, siendo parte de la realidad espiritual y social de la comunidad, y teniendo por tanto una importante función de renovación y creación continua del proceso de integración de los individuos<sup>332</sup>.

Estas aportaciones contribuyen a perfilar una concepción distinta de la Constitución, destacando sus componentes y relaciones extra-jurídicas, pero lo hacen al mismo tiempo mermando su naturaleza, puesto que, considerándola como decisión política o como parte de la propia realidad social, ignoran o reducen la significación de su carácter normativo y jurídico. Sería posteriormente HELLER quien, profundizando en la contradicción entre “normalidad fáctica” y “normatividad” de la Constitución, los consideraría elementos en dialéctica permanente, cuya oposición da lugar a una comprensión mixta de la norma fundamental: la Constitución requiere, para ser tal, algo más que una relación fáctica e inestable de dominación, exigiendo, para su prevalencia como ordenación jurídica, su justificación conforme a principios éticos de Derecho, que surgen de la realidad social en la

<sup>331</sup> Según el autor, la decisión fundamental que contenía la Constitución de Weimar era una decisión por el liberalismo democrático, que situaba las máximas garantías en los derechos pre-estatales y consideraba, en cambio, los derechos sociales como instituciones jurídicas, existentes solamente dentro de un Estado y de acuerdo con su regulación. SCHMITT, Carl; *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1982, p. 46 y ss. Sobre el concepto de lo político en Carl SCHMITT y la distinción entre amigo y enemigo, véase LUCAS VERDÚ, Pablo; “Carl Schmitt, intérprete singular y máximo debelador de la cultura político-constitucional demoliberal”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 64, 1989, p. 57 y ss. Véase también ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio; *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1989, p. 173 y ss.

<sup>332</sup> La Constitución constituye, así, propiamente parte de la vida espiritual que se desarrolla en la sociedad y realidad integradora, que incide en la sociedad y que debe originar y mantener la integración de los individuos en el Estado. SMEND, Rudolf; *Constitución y derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 132. LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 100-101.

que se forma y donde va a ser aplicada<sup>333</sup>. El Estado debe, según ello, sujetarse a las formas del Derecho y dotarse de un contenido material: únicamente avanzando hacia el “Estado social de Derecho”, que realice los principios éticos prevalentes en una sociedad, cabe según el autor encontrar una alternativa a la caída del Estado liberal burgués<sup>334</sup>.

Esta concepción normativa y material de la Constitución se recuperaría, posteriormente, con la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn (1949). El ordenamiento alemán acoge, según las prescripciones de la propia Ley Fundamental, una concepción normativa de Constitución, e integra en su cuerpo, al mismo tiempo, principios generales y derechos fundamentales que introducen elementos éticos o de valor. La previsión específica de la eficacia directa de los derechos fundamentales (art. 1.3 Ley Fundamental), así como el establecimiento de un Tribunal Constitucional que controla la adecuación del ordenamiento y de los actos públicos a la Constitución (art. 92 Ley Fundamental), suponen la opción definitiva por la aplicación normativa de la Ley Fundamental en todos sus ámbitos, debiendo los Tribunales interpretar y aplicar los elementos materiales establecidos. El contenido sustantivo de la norma fundamental adquiere, así, carácter normativo, gozando como los demás preceptos de la fuerza activa y pasiva de la Constitución: su superioridad jerárquica implica una protección objetiva, en tanto que normas que no pueden ser desconocidas por el resto del ordenamiento, y entraña además, en el caso de los derechos, una protección subjetiva, que dota al individuo de posibilidades de reclamación.

Así se ha interpretado por la doctrina alemana que elabora el concepto de Constitución a partir de la segunda mitad del siglo XX. El texto fundamental, formado a partir de una voluntad política que incorpora una amplia participación democrática, recoge los principios y valores mayoritariamente aceptados, de modo que deviene, en palabras de HESSE, “creador de la unidad política del Estado”: según el autor, la Constitución establece y renueva periódicamente la unidad estatal, consiguiendo la adhesión de los individuos a la propia norma fundamental a través de sus valores, en una función de constante integración de todos

---

<sup>333</sup> HELLER, Hermann; *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, p. 280 y ss. El autor distingue diversos conceptos de Constitución: un concepto sociológico amplio, como estructura característica del poder; un concepto sociológico estricto, que señala la estructura fundamental del Estado; un concepto jurídico amplio, que comprende la situación jurídica total del Estado; un concepto jurídico estricto, que extrae de la ordenación jurídica total del Estado un contenido que se considera norma fundamental; y un concepto jurídico formal, que considera Constitución todos los preceptos fijados por el texto constitucional.

<sup>334</sup> Véase sobre ello HELLER, Hermann; “¿Estado de Derecho o dictadura?”, en *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 299 y ss. El autor acuña por primera vez la expresión “Estado social de Derecho”, refiriéndose a un Estado de Derecho dotado de contenido material, donde la economía se halle sometida a las leyes y al Derecho, subordinando por tanto los medios a los fines de la vida.

los sujetos y grupos<sup>335</sup>. La Ley Fundamental de Bonn incorpora, por ello, elementos materiales, que añaden a su apertura democrática aspectos sustantivos, en parte sociales, y que producen una cierta función integradora de todos los sujetos.

La Constitución aparece, así, con una nueva función integradora, que se halla directamente ligada a su función de dirección jurídica. Si la incorporación de un contenido material o valorativo consigue generar inicialmente el consenso de los ciudadanos para su aprobación, posteriormente el mantenimiento de la adhesión a la norma fundamental depende de su capacidad para realizar efectivamente este contenido, de modo que en la práctica esta integración de los individuos queda en función de la fuerza normativa que adquiera este contenido, y de su capacidad de incidencia en el ordenamiento<sup>336</sup>. La función integradora de la Constitución depende, pues, de su capacidad directora del ordenamiento jurídico: el consenso inicial debe renovarse, periódicamente, a través de la interpretación y concreción de su contenido, dando lugar a una aplicación efectiva de los elementos materiales que resulte en una realización fáctica de los valores y elementos normativos<sup>337</sup>.

Así, la Constitución representa, en palabras de KÄGI, el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad<sup>338</sup>. Ésta regula con vocación de totalidad las bases de las relaciones estatales y de la vida política y social, estableciendo, más allá de su contenido procedimental clásico, una serie de preceptos de pronunciada dimensión material, que contienen los elementos objetivos que debe respetar y realizar el Estado. El reconocimiento de principios estructuradores de la acción del Estado, de objetivos para los poderes públicos, o de derechos en nuevos ámbitos, supone dotar de contenido a la norma fundamental, generando la adhesión

---

<sup>335</sup> Según el autor, el Estado no debe considerarse como algo dado, ya realizado, sino que debe establecerse y conservarse, a lo que contribuye la Constitución especialmente a través de los derechos fundamentales. La Constitución asume, a través de ellos, los cánones de un ordenamiento moralmente recto, y los dota de fuerza vinculante para todo el sistema jurídico. HESSE, Konrad; “Constitución y Derecho constitucional”, en BENDA, Ernst; *et alter; Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2001, p. 3 y ss. HESSE, Konrad; “Concepto y cualidad de la Constitución”, en *Escritos de Derecho constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 43 y ss.

<sup>336</sup> El autor insiste, así, en la fuerza normativa de la Constitución y su relación con la realidad social, dependiendo ésta de su coincidencia con “lo dispuesto en el presente” y de la voluntad constitucional de los órganos políticos, puesto que la Constitución carece de una instancia externa que imponga coactivamente su aplicación. HESSE, Konrad; “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 77 y ss.

<sup>337</sup> Sobre el consenso como legitimación inicial de la Constitución en una sociedad, que se desvincula posteriormente de la situación originaria y dota a la norma fundamental de obligatoriedad y estabilidad, GRIMM, Dieter; *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, p. 32 y ss.

<sup>338</sup> A favor de la consideración de la Constitución como norma jurídica, denunciando la pérdida de su fuerza normativa, KÄGI, Werner; *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 72 y ss. En relación con la Ley Fundamental de Bonn, en el mismo sentido, HESSE, Konrad; *Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, p. 77 y ss.

de los ciudadanos y asegurando, conforme a los valores reconocidos, su integración en condiciones de igualdad.

En los estados continentales, por tanto, la integración de los individuos se sitúa en gran medida en la capacidad de la norma fundamental de determinar el resto del ordenamiento jurídico y la actuación pública. Su concepción como norma material, junto con su aplicación normativa, constituye la condición indispensable para la garantía constitucional del Estado social. A diferencia de los estados escandinavos, donde esta concepción no se ha desarrollado, ésta ha sido la base para la plasmación jurídica del pacto político social en los estados continentales: el consenso social alrededor de estos valores se refleja a nivel constitucional, adquiriendo forma jurídica y aplicación normativa.

### **B. La extensión de la construcción constitucional y su contenido**

La específica construcción constitucional que caracteriza el Estado social adquiere, en otros estados, una elaboración distinta, si bien comparte los rasgos esenciales del esquema descrito. Si en el ordenamiento alemán se produce la formulación más perfecta de esta concepción, afianzada a través de la jurisprudencia constitucional, en otros sistemas la elaboración de esta construcción sigue vías distintas: en unos casos, se adopta en la doctrina una concepción propia normativa y material de la Constitución, que tiene un cierto reflejo en la jurisprudencia constitucional –por ejemplo, Italia-; en otros, se adopta una construcción matizada de la Constitución normativa, debido precisamente a la dificultad que genera su contenido material –es el caso de Francia-; finalmente en otros, se recibe en gran medida la construcción alemana, adaptándola a las propias particularidades –España-.

En Italia, el concepto formalista de Constitución, defendido especialmente por la teoría positivista<sup>339</sup>, se transforma y modifica progresivamente en la doctrina, en especial ante las circunstancias históricas que ponen de relieve la necesidad de incluir en estas normas elementos materiales. Si la teoría de ROMANO muestra la existencia de diversos ordenamientos, y la presencia por tanto de una Constitución real (social) junto a la Constitución formal (jurídica)<sup>340</sup>, posteriormente será MORTATI quien profundice en esta oposición, considerándola únicamente aparente y destacando la estrecha relación entre ambas facetas de la Constitución: para el autor, la Constitución implica la definición, por las fuerzas

---

<sup>339</sup> Esta corriente halla su principal exponente en Italia en Vittorio Emanuele ORLANDO, quien establece las bases del método jurídico en el sistema italiano separándolo estrictamente de las consideraciones sociológicas y políticas. Véase ORLANDO, Vittorio Emanuele; *Diritto pubblico generale: scritti varii*, Giuffrè, Milano, 1954.

<sup>340</sup> ROMANO, Santi; *Principii di Diritto Costituzionale generale*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 2 y ss.

políticas, de los principios fundamentales del ordenamiento, que devienen principios normativos y pasan con ello del ámbito de la decisión política al ámbito jurídico<sup>341</sup>.

La normatividad de la Constitución no se construye, pues, en abstracto, sino que se basa en la asunción por el texto constitucional de ciertos contenidos fundamentales. Éstos principios, que resultan del apoyo y el consenso entre las fuerzas políticas organizadas, confieren legitimidad y validez a la propia construcción formal de la norma fundamental, adquiriendo ambas facetas del texto una intensa imbricación: si la estructura formal de la norma es lo que permite estabilizarla, gracias a sus caracteres jurídicos en el ordenamiento, su legitimidad y eficacia dependen de la adecuación a un determinado contenido material, que sea aceptado de forma general por las fuerzas políticas y por el conjunto de los ciudadanos<sup>342</sup>.

Es cierto que estos principios fundamentales no se identifican, en la teoría del citado autor, como principios éticos o valores que resulten de un supuesto proceso de integración cultural en el Estado o de las necesidades de la realidad social. La referencia a las fuerzas organizadas sitúa, por el contrario, la definición de estos principios en el proceso político, adquiriendo la Constitución su mayor garantía de eficacia en la apertura a la pluralidad política y social. Es la condición abierta de esta norma, que reconoce a los diversos sujetos y grupos permitiendo su participación, lo que conlleva la integración real de estos colectivos en la comunidad, dando lugar al denominado “Estado de la pluralidad de clases”<sup>343</sup> y originando, finalmente, la aceptación con éxito de la supremacía normativa constitucional. El establecimiento en 1947 de una Constitución que consagra la democracia pluralista, previendo al mismo tiempo la creación de un Tribunal Constitucional, supone la opción fundamental por un modelo que integra a nivel constitucional elementos materiales y que los dota de valor normativo, resultando del consenso expresado con el juego democrático en la sociedad<sup>344</sup>.

---

<sup>341</sup> MORTATI, Constantino; *La Constitución en sentido material*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 86 y ss. Según el autor, para que la voluntad del Estado no sea entendida como anterior respecto al Derecho sino jurídica desde su nacimiento, hay que introducir la fuerza social organizada y el fin del que es portadora en la esfera del Derecho, lo que es posible cuando este fin se une a un precepto, que haga prever el mantenimiento del comportamiento incluso en el futuro y que tenga garantía de ser habitualmente obedecido.

<sup>342</sup> En este sentido, ZAGREBELSKY, Gustavo; *Manuale di Diritto costituzionale*, Torino, UTET, 1987, p. 25 y ss, para quien la noción de Constitución formal y Constitución material no se oponen, sino que tienen una condicionalidad recíproca que se plasma, además, en la especial rigidez de los principios fundamentales de la Constitución.

<sup>343</sup> GIANNINI, Massimo Severo; *El poder público: Estados y Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1991, p. 79 y ss, según el cual la evolución del poder público en el siglo XX se caracteriza por la integración de sujetos de distintas clases en los órganos de representación parlamentaria y en el proceso y actividad administrativa, alejándose del Estado burgués de clase única.

<sup>344</sup> En este sentido, DE VERGOTTINI, Giuseppe; *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 2000, p. 19 y ss, para quien la Constitución es un complejo orgánico de principios normativos, que tiene un núcleo material inserto en

En el sistema francés, en cambio, la función integradora de la Constitución y su conexión con la previsión de determinados contenidos materiales con carácter normativo tendrá una menor teorización, y no se aceptará plenamente hasta los años setenta. Si es cierto que existen en este sistema contenidos materiales supralegislativos desde la Declaración de derechos de 1789, y que éstos se amplían sustancialmente con la Constitución de 1946, el reconocimiento de su carácter constitucional y de su supremacía normativa entrañará mayores dificultades, apareciendo inicialmente como opuestos a los principios esenciales que, según la teoría dominante de CARRÉ DE MALBERG, se derivaban del constitucionalismo revolucionario inicial: la consideración del Parlamento, en este contexto, como representante de la soberanía nacional y portador del interés general, conllevó, durante largo tiempo, una concepción ilimitada de la ley, negándose la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos y abriendo, para el legislador, un campo ilimitado de posibilidades en el que las declaraciones de derechos constituían únicamente documentos políticos o filosóficos<sup>345</sup>.

Es cierto que otros autores sostuvieron, en la misma etapa, posiciones más matizadas. Algunos sectores señalaron, por ejemplo, la posibilidad jurídica de un control de constitucionalidad, rechazando no obstante este mecanismo en el ordenamiento francés, debido a sus especiales características<sup>346</sup>. Todavía más allá, especialmente desde las posiciones contrarias al positivismo puro y favorables a una concepción material de la Constitución, se argumentó intensamente a favor de la superioridad normativa de la norma constitucional, como vía para dar efectividad a los contenidos materiales que incorporaba. Para DUGUIT, por ejemplo, el establecimiento de una vía de excepción de inconstitucionalidad constituía el elemento imprescindible para la eficacia de las leyes constitucionales rígidas, que recogen los principios de Derecho superior surgidos de la regla

---

la Constitución formal. El Derecho constitucional se concibe así como Derecho que coordina todas las partes del ordenamiento estatal, conteniendo los "títulos de capítulo" de las distintas ramas del sistema jurídico. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo; *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 143 y ss.

<sup>345</sup> CARRÉ DE MALBERG, Raymond; *Contribution à la théorie générale de l'État*, Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1920, Tomo II, p. 539 y ss. CARRÉ DE MALBERG, Raymond; *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Recueil Sirey, Paris, 1931, p. 103 y ss. Para el autor, la soberanía del Estado es única, de forma que no se puede dividir en una distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. La soberanía implica el poder de la nación de expresar e imponer la voluntad de sus órganos regulados, cualquiera que sea su objeto, lo que le lleva a considerar al Parlamento como verdadero órgano constituyente. El traslado al Parlamento de la voluntad general, a la que representa, lleva a identificarlo con la propia nación, de forma que se considera el auténtico órgano soberano que no puede por tanto hallar límite a su actuación.

<sup>346</sup> BARTHÉLEMY, Joseph; DUEZ, Paul; *Traité de Droit constitutionnel*, Economica, Paris, 1985, p. 222 y ss. Si en otros sistemas la atribución de este control al Juez era más compatible con su concepción judicial del Derecho, en el ordenamiento francés, no tan ligado a los Tribunales y al proceso judicial, debía buscarse, según los autores, otro mecanismo que hiciera nacer en el legislador un espíritu de constitucionalidad.

objetiva de la solidaridad social<sup>347</sup>. Para HAURIUO, la realización de la “Constitución social”, formada por derechos creados como instituciones objetivas, no podía ser completa sin un control de constitucionalidad de las leyes que indicara claramente al Estado su dependencia respecto a las bases de la sociedad privada, y que acabara con la subordinación de estos derechos a su organización y desarrollo por ley orgánica<sup>348</sup>.

Esta defensa chocó, no obstante, con enormes dificultades, dada la larga vigencia de las Leyes constitucionales de 1875 y su brevedad en cuanto a la previsión de derechos y normas de carácter material<sup>349</sup>. No será hasta la Constitución de 1946 cuando se inicie un cambio en la comprensión de la norma constitucional, que no se completará hasta la Constitución de 1958 y, especialmente, hasta la asunción por el Consejo Constitucional de un control de constitucionalidad efectivo sobre las disposiciones de derechos que se integran en la Constitución<sup>350</sup>. La creación de este órgano, como instancia específica de control de las propuestas del legislador (art. 61 Constitución de 1958) muestra, siquiera de un modo particular, la aceptación de la supremacía normativa de la Constitución, que coincide, también en el sistema francés, con la incorporación de elementos materiales, que generan el consenso de la población. La Constitución deviene así, en palabras de BURDEAU, “estatuto jurídico del poder”, pero indica también la “idea de Derecho” de la que es portadora el Estado, de forma que adquiere supremacía tanto en su vertiente formal como especialmente en su vertiente material<sup>351</sup>. Su aplicación por el Consejo Constitucional y por los órganos

---

<sup>347</sup> DUGUIT, Léon; *Traité de Droit constitutionnel*, E. de Boccard, Paris, 1930, Tomo III, p. 589 y ss. El autor considera las Declaraciones de derechos y las leyes constitucionales rígidas como Derecho superior, si bien no excluye la existencia de principios no inscritos en ellas que puedan formar parte también de este cuerpo de normas superiores, puesto que éstas surgen de los propios hechos sociales y de la regla de la interdependencia social.

<sup>348</sup> HAURIUO, Maurice; *Précis de Droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929 (2ª ed.), p. 612 y ss. Para el autor, la falta de este control supone la dependencia de la Constitución social respecto a la Constitución política, puesto que la efectividad de los derechos depende de la actividad legislativa. Su concepción de los derechos como instituciones objetivas, que se forman históricamente por costumbre, y que adquieren el apoyo estatal posteriormente, no le impide considerar que la ley no puede impedir su eficacia, ni evitar la creación consuetudinaria de nuevos derechos.

<sup>349</sup> El Consejo de Estado francés rechazó el control de constitucionalidad de las leyes en su conocida Sentencia *Dame Coudert et Arrighi*, de 6 de noviembre de 1936, argumentando que en el estado del Derecho público francés de aquel momento, este control no podía ser discutido ante el Consejo de Estado en su vertiente contenciosa.

<sup>350</sup> La Decisión del Consejo constitucional de 16 de julio de 1971, *Liberté d'association*, concede efecto jurídico al Preámbulo de la Constitución de 1958. Posteriormente, la Decisión de 27 de diciembre de 1973, *Taxation d'office*, aplica directamente la Declaración de 1789 por primera vez, y la Decisión de 15 de enero de 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, hace lo suyo con el Preámbulo de 1946. La doctrina sitúa en este punto el inicio de una verdadera fuerza normativa de la Constitución. Véase FAVOREU, Louis; “Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, en *Mélanges Eisenmann*, Éditions Cujas, Paris, 1977, p. 39 y ss.

<sup>351</sup> BURDEAU, Georges; *Droit constitutionnel et institutions politiques*, L.G.D.J., Paris, 1980 (19ª ed.), p. 64 y ss.

jurisdiccionales da lugar según FAVOREU a una progresiva constitucionalización del Derecho, que afecta a todas las ramas del sistema jurídico<sup>352</sup>.

Una situación similar se alcanza también en el Estado español, si bien a través de un proceso distinto, en el que tiene singular relevancia el acceso más tardío a un régimen constitucional y democrático estable. Como señala POSADA, el Derecho constitucional español había seguido durante el siglo XIX un esquema similar al francés<sup>353</sup>, pero posteriormente la doctrina constitucional adquiere influencias de la teoría alemana e italiana, que se reflejan en la elaboración de la Constitución de 1978. La aceptación de una construcción material y normativa de la ley fundamental será, en este marco, mucho más sencilla: su elaboración y asentamiento en otros estados, a través de la sedimentación y perfeccionamiento de los conceptos en la doctrina y la jurisprudencia, facilitará una construcción en el Estado español que, adquiriendo evidentemente caracteres particulares, se inspira ampliamente en las enseñanzas del Derecho comparado<sup>354</sup>.

La elaboración de la Constitución española muestra, así, la estrecha conexión que en el Estado social se halla entre la construcción normativa y el contenido material de la norma fundamental. Frente a la concepción histórica en España de las constituciones como documentos políticos –excepto la Constitución de 1931–, la Constitución de 1978 se afirma, según RUBIO LLORENTE, como “forma del poder”, de modo que atribuye legitimidad a las relaciones de poder fáctico que, anteriormente, no podían pretender obediencia jurídica<sup>355</sup>. La Constitución es, por ella misma, fuente del Derecho, de la que dimanan derechos y obligaciones para los poderes públicos y los ciudadanos, pero su carácter normativo deriva, no únicamente de su forma, sino también de su contenido, que reconoce la soberanía popular y la participación de los ciudadanos en sus decisiones<sup>356</sup>. Es precisamente el carácter

---

<sup>352</sup> Véase en este sentido FAVOREU, Louis; *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del Derecho*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 57 y ss, quien destaca los efectos de juridización de instituciones, de elevación del sistema de fuentes, y de transformación ocasionada por las normas de derechos.

<sup>353</sup> POSADA, Adolfo; *Tratado de Derecho constitucional*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1894, Tomo. II, p. 275 y ss. Según el autor, el sistema español no constituía un tipo específico de Estado constitucional, sino que seguía en gran medida el modelo francés.

<sup>354</sup> El Derecho constitucional español sufre, durante todo el franquismo, de la carencia de construcciones propias que sirvan actualmente al entendimiento de la Constitución. Véase sobre ello LUCAS VERDÚ, Pablo; *Curso de Derecho político*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1989.

<sup>355</sup> Véase RUBIO LLORENTE, Francisco; *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. XXV y ss.

<sup>356</sup> En este sentido, RUBIO LLORENTE, Francisco; “Constitución: valores, principios, derechos”, en OLLERO, Andrés (coord.); *Valores en una sociedad plural*, Fundación para el Análisis y los Estudios sociales, Madrid, 1999, p. 135 y ss. Asimismo, HERRERO DE MIÑÓN, Miguel; *El valor de la Constitución*, Crítica, Barcelona,

consensual originario de la Constitución, y su prolongación en la aceptación de la democracia, lo que dota de legitimidad a la norma fundamental, ejerciendo una función integradora de todos los ciudadanos como poder constituyente y como sujetos de participación.

Es cierto que este consenso inicial se construye en España sobre una Constitución abierta, que contiene en numerosas disposiciones de compromisos, y que halla dificultades para concretarse posteriormente en otros consensos que la desarrollen<sup>357</sup>. Pero ello no implica un nihilismo total de la norma fundamental ni supone una apertura total de la misma, sino que la opción por el principio democrático descansa, como señala ARAGÓN REYES, en la asunción de determinados valores materiales a nivel fundamental<sup>358</sup>: democracia implica, en un sentido material, la garantía de los valores que la Constitución proclama, que informan todo el ordenamiento y que constituyen, según el propio Tribunal Constitucional, “un sistema (...) la observancia del cual requiere una interpretación finalista de la norma fundamental”<sup>359</sup>. La Constitución contiene así, en palabras de LUCAS VERDÚ, una fórmula política que constituye la “expresión ideológica, jurídicamente organizada en una estructura social”<sup>360</sup>, siendo únicamente ésta, dotada de un contenido material que garantiza al individuo y a los grupos su reconocimiento y participación, la que puede alcanzar un valor normativo concreto que se proyecta hacia todo el ordenamiento, deviniendo instrumento de integración.

Este proceso de afirmación de la supremacía constitucional tiene, por tanto, puntos similares en todos los estados. La base democrática y consensual de las constituciones de la segunda posguerra da lugar a la expresión constitucional de ciertos elementos del pacto social –en forma de derechos, obligaciones, o principios de valor-, que se insertan de forma

---

2003, p. 55 y ss, quien señala el carácter integrador y vertebrador de la Constitución española, como norma que vertebraba la sociedad y eleva la pluralidad social al plano del ser político.

<sup>357</sup> Véase en este sentido ALZAGA VILLAAMIL, Oscar; *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Madrid, Trotta, 2011, p. 35 y ss. En un sentido similar, GARRORENA MORALES, Ángel; *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 119 y ss, quien señala ciertas consecuencias negativas del consenso, como la excesiva remisión a textos externos cuando este consenso no se podía alcanzar o la excesiva ambigüedad de algunas disposiciones. Sobre la Constitución como norma abierta en la doctrina española, LUCAS VERDÚ, Pablo; *La Constitución abierta y sus “enemigos”*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.

<sup>358</sup> ARAGÓN REYES, Manuel; *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 40 y ss. Según el autor, la Constitución no es ideológicamente neutral en cuanto a su realización, sino que impone normas materiales a la propia mayoría, y a pesar de que el principio democrático podría ser reformado válidamente, la Constitución perdería entonces su legitimidad interna, que reside en la garantía de la democracia material.

<sup>359</sup> STC 21/1981 (FJ 10).

<sup>360</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo; *Curso de Derecho político*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1983, p. 428 y ss. Según el autor, la Constitución se forma por un techo ideológico, una organización jurídica y política, y una estructura social determinada. En un sentido similar, ya POSADA distinguía entre la esencia (el contenido) y la técnica como elementos propios de la Constitución. Véase POSADA, Adolfo; *El régimen constitucional*, Librería General de Victoriano Suarez, Madrid, 1930, p. 6 y ss.

imprescindible en el propio concepto de Constitución, dotándola de legitimidad política y social. Al mismo tiempo, se incorporan a la norma fundamental elementos formales, que indican los instrumentos que tiene el Estado para realizar dicha configuración social: se insertan, por una parte, los mecanismos de control de la Administración; y por otra, una serie de formas y vías concretas por las que el poder público puede intervenir en la esfera económica, ya sea a través de potestades de regulación o de la intervención administrativa directa como actor económico. A diferencia de los estados nórdicos, donde estos instrumentos no adquieren una previsión expresa, las constituciones continentales recogen ampliamente estos mecanismos, habilitando como se verá a su utilización, pero condicionando también con ello en mayor medida su intervención.

## **SECCIÓN II. ELEMENTOS SUSTANTIVOS DEL MODELO CONTINENTAL DE ESTADO SOCIAL**

El modelo continental de Estado social se articula a través de una relativa determinación constitucional de sus elementos materiales o de fondo. Las constituciones continentales optan por la vía de establecer a nivel fundamental los elementos que debe realizar el Estado en su actividad configuración social y económica, no dejando por tanto su completa determinación al legislador y a sus opciones políticas. Por ello, se plantea en concreto cuál es la regulación material que realiza la Constitución, qué contenido tienen las disposiciones constitucionales sobre la configuración social, y cuál resulta en la práctica su efecto y capacidad de incidencia sobre la actuación pública. Si bien la regulación de estos elementos varía en los diversos estados, según las opciones de articulación jurídica que hayan tomado, se hallan en todos ellos ciertos tipos de normas, que condicionan y colaboran en distintas formas con la acción del legislador: la previsión de principios de valor a nivel general, que determinan el contenido de toda la actuación pública (Sección A), se complementa con el reconocimiento de derechos y mandatos sociales (Sección B) y con derechos económicos (Sección C), que fijan deberes y facultades específicas en un determinado ámbito concreto.

### **A. Los principios generales de valor**

Los principios generales constituyen uno de los tipos normativos que, en los sistemas continentales, determinan en un sentido material la actuación estatal. Estos principios aparecen en su mayoría reconocidos en todos los sistemas, a través de diversos métodos y formas, si bien su contenido y efectos dependen, en cada uno de ellos, de la interpretación

realizada por el órgano de justicia constitucional. Puede observarse, así, un reconocimiento a nivel positivo o jurisprudencial de los principios generales en todos los estados (apartado i), que se acompaña de una interpretación generalmente amplia de su contenido (apartado ii), y que presenta múltiples posibilidades de eficacia, con algunas dificultades que matizan su incidencia positiva en la práctica (apartado iii).

### **i. El reconocimiento de los principios generales de valor**

Los principios generales se establecen en los estados continentales tanto a través de su inserción en las normas constitucionales, como por medio de su elaboración por la jurisprudencia (apartado a). Éstos tienen, en todo caso, una estrecha relación con los valores jurídicos, ya que constituyen expresión de los mismos, y surgen a menudo de la objetivación de normas constitucionales subjetivas. La orientación del Estado a través de estos principios supone, por tanto, la aceptación de ciertos valores materiales que determinan la actividad de configuración social (apartado b).

#### ***a) Un reconocimiento positivo y jurisprudencial***

El reconocimiento de los principios generales que determinan la configuración social se produce por la vía de su positivación en el texto constitucional, o bien por su elaboración jurisprudencial a partir de otras normas de la constitución que adquieren una acentuada vertiente objetiva. Ambos procesos se complementan, no obstante, en la mayor parte de casos: la deducción jurisprudencial de estos principios tiene siempre un apoyo, aunque sea lejano, en el texto positivo, y su reconocimiento expreso requiere, asimismo, la elaboración jurisprudencial de su contenido y efectos. Si la opción por los principios generales es especialmente relevante en Alemania, donde no existen prácticamente normas sociales concretas en la Constitución, también en los demás estados se han incorporado normas generales definidoras de fines y valores estatales, adquiriendo, en las constituciones continentales, una estructura mayoritariamente principal como normas objetivas.

La Constitución refleja, actualmente, la aceptación en el ordenamiento jurídico de las normas de principio como fuente del Derecho, que adquieren a nivel fundamental un reconocimiento explícito o implícito. El análisis de DWORKIN, poniendo de relieve la existencia de principios en el ordenamiento como normas que no ofrecen una respuesta categórica a una situación jurídica, sino que amplían o reducen las soluciones deducidas de un

conjunto normativo<sup>361</sup>, destaca las particularidades de estas disposiciones e introduce una nueva forma de comprensión del ordenamiento, complementando la teorización de los principios jurídicos que ya se había elaborado en los sistemas continentales, especialmente en las teorías institucionales del Derecho<sup>362</sup>. Los principios se incorporan, así, al ordenamiento como normas con plenos efectos jurídicos: su estructura habitualmente abierta, junto con la generalidad y abstracción de su objeto, no impide su utilización como fuente de derechos y obligaciones jurídicas, y las hace, al contrario, especialmente idóneas para el establecimiento de los fundamentos y fines del Estado en el texto constitucional<sup>363</sup>.

Las constituciones continentales incluyen así diversas disposiciones que conforman una determinación general de la actuación del Estado en relación con el conjunto social. A diferencia de las constituciones liberales –donde no se hallaba definición alguna sobre la forma de Estado–, las normas fundamentales incorporan actualmente dos tipos de normas de principio que son relevantes en esta materia: se establecen, por un lado, disposiciones que prescriben el tipo de Estado establecido, describiendo sus rasgos esenciales; y aparecen, por otro lado, normas que asignan al Estado fines generales, designando bienes jurídicos que éste debe perseguir en todo caso mediante su actuación.

Los textos constitucionales prevén, así, una serie de disposiciones constitucionales que prescriben el tipo de Estado establecido: se hace referencia a un “Estado de Derecho social y democrático” (arts. 20.1, 28.1 Ley Fundamental alemana), a una “República indivisible, laica, democrática y social” (art. 1 Constitución francesa), a una “República democrática fundada en el trabajo” (art. 1 Constitución italiana), o a un “Estado social y democrático de Derecho” (art. 1.1 Constitución española), mostrando la voluntad de establecer una mayor implicación del poder público con la sociedad. Estas normas tienen un reconocimiento positivo similar en todos los textos, situándose normalmente como elementos de cabecera de la Constitución,

---

<sup>361</sup> DWORKIN, Ronald; *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 72 y ss. No obstante, otros autores se han pronunciado en contra de una división tajante entre principios y reglas, admitiendo solamente una diferencia de grado. Véase AARNIO, Aulis; “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 4, 2000, p. 596 y ss.

<sup>362</sup> En Alemania, SAVIGNY ligaba los principios a la delimitación de institutos jurídicos; en Francia, HAURIUO, hacía referencia a los derechos individuales como instituciones objetivas, que se creaban por las normas jurídicas, y en Italia, la concepción de ROMANO, heredada posteriormente, sitúa los principios en la base del ordenamiento, como elementos que identifican la pertenencia a un determinado sistema jurídico.

<sup>363</sup> La apertura de los principios, que se cifra en la ausencia de determinación cerrada de los supuestos de hecho a los que se aplican, se hace especialmente patente en las normas constitucionales, como el principio de igualdad. Sobre ello, PRIETO SANCHÍS, Luis; *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 52 y ss. En contra de una distinción radical entre principios y reglas jurídicas, defendiendo una distinción sólo de grado, AARNIO, Aulis; “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *op. cit.*, 2000, p. 593 y ss. Sobre una concepción de las normas de principio como mandatos de optimización, ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86 y ss.

pero su elaboración jurisprudencial ha seguido caminos distintos, adquiriendo, como se verá, significados y consecuencias diversas.

Por otra parte, el reconocimiento de principios generales que establecen fines materiales adquiere una mayor dimensión jurisprudencial, a pesar de basarse en normas que se hallan expresamente en el texto constitucional. En Alemania, por ejemplo, el reconocimiento de estos principios generales resulta de las propias normas de derechos fundamentales<sup>364</sup>, que se interpretan por el Tribunal Constitucional Federal como valores objetivos, y dan lugar a una serie de principios jurídicos que obligan a su realización por los poderes públicos. La consideración de los derechos fundamentales como “normas objetivas de principio”<sup>365</sup> supone reconocerles una vertiente objetiva que se predica del conjunto de derechos. Pero este sistema de normas objetivas halla su núcleo, según el Tribunal, en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de una comunidad social<sup>366</sup>, lo que atribuye una especial importancia a los principios estrechamente vinculados con éste, en especial, el principio de libertad (art. 2.1 Ley Fundamental), el principio de igualdad (art. 3 Ley Fundamental), y el principio de dignidad humana (art. 1.1 Ley Fundamental)<sup>367</sup>.

También en Francia los principios generales determinantes de la configuración social aparecen como normas actualmente incorporadas a nivel fundamental, a pesar de su construcción inicialmente jurisprudencial como “principios generales del Derecho”. Durante un cierto período el Consejo de Estado deducía estos principios de las declaraciones liberales

---

<sup>364</sup> Con la excepción del principio de dignidad humana, que no constituye, en esencia, un derecho fundamental sino el fundamento de todos los demás derechos, los demás principios surgen de las normas de derechos fundamentales, que tienen en la Ley Fundamental, como señala ALEXY, una doble dimensión con la que pueden operar como reglas o como principios, condicionando el tipo de razonamiento jurídico. ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., 1993, p. 106.

<sup>365</sup> BVerfGE 7, 198 (205 y ss).

<sup>366</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst; “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 105 y ss. El autor critica la evolución de la jurisprudencia hacia el excesivo uso de los valores, detectando en cada uno de los derechos fundamentales una norma que obliga a actuaciones positivas de los poderes públicos. En este sentido, STERN señala la importancia de las normas de principios como determinantes de los fines y valores estatales. STERN, Klaus; *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, op. cit., 1987, p. 240.

<sup>367</sup> El principio de dignidad humana no constituye, en esencia, un derecho fundamental, sino el fundamento prepositivo de todo el ordenamiento. No obstante, ante su consideración por DÜRIG como un principio general, no susceptible de fundar un recurso de amparo, el Tribunal Constitucional Federal ha adoptado otra posición, considerándolo apto para una tal protección ante el poder público. Véase BENDA, Ernst; “The Protection of Human Dignity (Article 1 of the Basic Law)”, en AAVV; *Fifty Years of German Basic Law. The New Departure for Germany*, Conference Report, American Institute for Contemporary German Studies, Johns Hopkins University, 1999, p. 34 y ss.

y preámbulos considerados como dogmas políticos o filosóficos<sup>368</sup>, pero posteriormente éstos adquieren un reconocimiento expreso en la Constitución, a través de la atribución de pleno valor jurídico-constitucional y de su propio establecimiento en la Constitución de 1958. Este reconocimiento positivo deriva también, no obstante, de una construcción jurisprudencial que implicaba la objetivación de ciertos contenidos reconocidos como derechos subjetivos: el valor jurídico de estos derechos subjetivos era difícilmente aceptado en la práctica, pero su consideración por la jurisdicción como elementos objetivos, presentes en el ordenamiento como normas que obligaban al poder público, permitió su aplicación a la Administración y al poder reglamentario, considerándose posteriormente por el Consejo Constitucional como “principios de valor constitucional”<sup>369</sup>. Se establecen así, actualmente, el principio de igualdad (art. 1 Constitución de 1958, párrafo 3 Preámbulo de 1946, art. 6 Declaración de 1789), el principio general de libertad (art. 1 Declaración de 1789), el principio de solidaridad (párrafo 12 Preámbulo de 1946), e incluso el principio de dignidad humana, deducido recientemente por el Consejo Constitucional del primer párrafo del Preámbulo de 1946<sup>370</sup>.

En otros sistemas, como España, el texto constitucional incorpora con mayor claridad disposiciones que contienen principios generales orientadores de la acción estatal, distinguiéndolos de otros preceptos de derechos fundamentales. Es cierto que el Tribunal Constitucional adopta una construcción similar a la alemana sobre la doble vertiente de los

<sup>368</sup> La construcción de los principios generales del Derecho se produce especialmente a partir de 1946, en relación con los contenidos materiales que tenían una controvertida naturaleza jurídica, como la Declaración de 1789 y el Preámbulo de 1946. Se deducen por el Consejo de Estado con una base lejana en un texto escrito, dependiendo la aplicación de estos textos de su interpretación como principios por este órgano (véase, por ejemplo, la Sentencia del Consejo de Estado de 26 de octubre de 1945, *Aramu et autres*, donde se establece el principio de igualdad como principio general del Derecho). Actualmente, no obstante, la categoría ha quedado en desuso, debido a la afirmación del carácter constitucional de estos textos, que se imponen no sólo a la Administración sino también al legislador. Véase FAVOREU, Louis; *et alter*; *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2010 (13ª ed.), p. 217 y ss.

<sup>369</sup> El valor jurídico de los principios generales del Derecho ha sido controvertido: para un sector, éstos tienen valor suprarreglamentario pero infralegislativo, situándose en un nivel intermedio entre ambos (CHAPUS); para otro sector, tienen el valor jurídico de la fuente de la que son deducidos, y por tanto si se deducen de declaraciones de derechos constituyen una costumbre de valor constitucional (VEDEL, DELVOLLE). El Consejo Constitucional ha reconocido el valor constitucional de ciertos principios generales del Derecho, estableciéndolos como “principios de valor constitucional”. Por su parte, el Consejo de Estado tiende cada vez más a renunciar a esta construcción, aplicando directamente los textos constitucionales. Véase CHAPUS, René; “De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles”, *Chroniques*, 1966, p. 99. VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre; *Droit administratif*, PUF, Thémis, Paris, 1992 (12ª ed.), p. 38 y ss. BRUNET, Pierre; “Les principes généraux du Droit et la hiérarchie des normes”, en DE BÉCHILLON, D; BRUNET, Pierre; CHAMPEIL-DESPLATS, V; MILLARD, E (coords.); *L’architecture du droit. Mélanges en l’honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 207 y ss.

<sup>370</sup> El primer párrafo del Preámbulo de 1946 hace referencia a la superación de los regímenes que habían intentado degradar a la persona humana, proclamando los derechos inviolables y sagrados del hombre. El Consejo constitucional lo reformula, estableciendo que se deriva de él que “la salvaguardia de la dignidad de la persona humana contra toda forma de esclavitud y de degradación es un principio de valor constitucional” (Decisión del Consejo Constitucional de 27 de julio de 1994).

derechos fundamentales<sup>371</sup>, pero la propia Constitución incorpora expresamente normas de carácter objetivo, que establecen a nivel general fines o bienes jurídicos a perseguir en el ordenamiento: se prevén, en primer lugar, los valores superiores del ordenamiento –libertad, igualdad, justicia y pluralismo político (art. 1.1 Constitución española)-, y se establecen, posteriormente, en el Título de los derechos pero antes de iniciar su enumeración, el principio de dignidad humana (art. 10.1), el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), y el derecho a la igualdad (art. 14), que se complementa con un mandato de promoción social y de hacer efectivas la libertad y la igualdad (art. 9.2). Estos principios se conciben, por tanto, como normas constitucionales positivas, que tienen un mayor grado de fundamentalidad respecto a otros principios del ordenamiento<sup>372</sup>, lo que no impide, evidentemente, el descubrimiento jurisprudencial de otros que deriven del texto constitucional.

***b) Un reconocimiento ligado a los valores constitucionales***

El proceso de objetivación por el que se establecen los principios generales pasa en todo caso por la referencia a unos valores que se recogen y garantizan explícita o implícitamente por el texto constitucional. Estos valores constituyen la fuente y el contenido de los principios generales, originándose en ellos su previsión e incorporándose asimismo a su contenido objetivo, como bienes jurídicos o fines a realizar por el Estado.

Ello resulta especialmente claro en los casos en que la jurisprudencia o el propio texto constitucional relacionan los principios generales con una concepción de la Constitución como orden de valores, basada en la conexión de estos principios con las opciones axiológicas que surgen de la norma constitucional. En Alemania, por ejemplo, la interpretación de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que da lugar a la identificación en las normas de derechos de un principio objetivo portador de una obligación de actuación positiva, se establece a partir de la consideración de la Constitución como norma que incorpora un orden de valores objetivo, y del tratamiento de los derechos como valores que constituyen el fundamento del orden político y social<sup>373</sup>. Es pues el recurso a los valores jurídicos que se

---

<sup>371</sup> Véase, entre otras, la STC 25/1981, en la que se establece que los derechos fundamentales son “elementos esenciales de un 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 o en el Estado social y democrático de Derecho” (FJ 5).

<sup>372</sup> ARAGÓN REYES, Manuel; “Principios constitucionales”, en ARAGÓN REYES, Manuel (coord.); *Temas básicos de Derecho constitucional*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2001, p. 39. En el mismo sentido, distinguiéndolos de los principios generales del Derecho, PRIETO SANCHÍS, Luis; *Apuntes de teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005, p. 206 y ss.

<sup>373</sup> El recurso a los valores ha generado críticas en la doctrina, puesto que se veía inicialmente como un elemento excesivamente ambiguo y que permitiría un poder de interpretación ilimitado al Tribunal Constitucional,

desprenden de las normas constitucionales, y su jerarquización conforme a un núcleo determinado, lo que permite al Tribunal Constitucional Federal deducir una serie de principios generales –en especial, el principio general de libertad y el principio general de igualdad–, como elementos ligados a la realización de la dignidad humana, que obligan objetivamente a los poderes públicos<sup>374</sup>.

También en el Estado español el establecimiento de principios generales va ligado implícitamente a la realización de los valores superiores del ordenamiento. La distinción entre principios y valores genera ciertas dificultades<sup>375</sup>, pero su reconocimiento como entidades distintas y su relación recíproca se halla expresamente positivizada, previéndose de forma explícita los valores que inspiran el ordenamiento –libertad, igualdad, justicia, pluralismo político (art. 1.1 Constitución española)–, y estableciéndose correlativamente unos principios generales que obligan y promueven su realización: el valor igualdad se ha relacionado con el Estado social y el valor libertad con el Estado de Derecho<sup>376</sup>, y éstos se complementan respectivamente con el principio de igualdad real (art. 9.2) y el derecho a la igualdad (art. 14); así como con el principio de dignidad humana y de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1). Los principios tienen en los valores superiores su fuente última, y los desarrollan de

---

deviniendo todos los conflictos cuestiones de derechos fundamentales. Posteriormente, no obstante, el Tribunal se ha limitado a reconocer los valores estrictamente necesarios, sin hacer gala de un gran activismo judicial. Véase HESSE, Konrad; “Significado de los derechos fundamentales”, en BENDA, Ernst; *et alter*; *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2001, p. 94 y ss.

<sup>374</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst; “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, *op. cit.*, 1993, p. 95 y ss. Sobre el principio general de libertad y el principio general de igualdad como elementos estructurales de la Ley Fundamental, ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, 1993, p. 331 y ss, p. 381 y ss.

<sup>375</sup> La distinción entre valores y principios no es pacífica en la doctrina, y se han propuesto múltiples criterios de distinción: diferencias de contenido (contenido ético de los valores frente al contenido político de los principios); diferencias de rango, aduciendo la superioridad de los valores; diferencias en su enunciado, siendo los valores más generales y los principios más concretos, y variando por tanto el grado de libertad que dejan al legislador; y diferencias en cuanto a su naturaleza, siendo los valores parte del ámbito de lo axiológico (son lo bueno) y los principios del ámbito deontológico (son lo debido). La jurisprudencia constitucional ha utilizado a menudo indistintamente ambos términos. Véase CANOSA USERA, Ramón; *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 152 y ss. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 41 y ss. ARAGÓN REYES, Manuel; *Constitución y democracia*, *op. cit.*, 1989, p. 91 y ss. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier; *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 97 y ss. DE LUCAS, Javier (coord.); *Introducción a la teoría del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 142 y ss.

<sup>376</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano; *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, p. 65 y ss. Según el autor, se halla una correspondencia entre los valores superiores y las notas que definen el Estado en el artículo 1.1 de la Constitución española, quedando fuera no obstante el valor “justicia”, que al no tener adjetivación no se liga a ningún rasgo del Estado.

forma correspondiente, incorporándolos a su contenido y dotándolos también de una dimensión dinámica, como normas con capacidad novadora y fuerza jurídica<sup>377</sup>.

Es cierto que, en Francia, el establecimiento de normas objetivas materiales en la Constitución no se encuentra tan ligado a los valores jurídicos, no hallándose en este país una construcción de la Constitución como orden axiológico. Los principios generales constitucionales se fundan en una idea de obligación del poder público más que en la deducción de unos valores que se desprendan del texto constitucional, no habiendo adoptado el Consejo Constitucional una teoría similar a la irradiación de la norma fundamental<sup>378</sup>. Por ello, si la conexión de estos principios con los valores es clara en cuanto a su contenido, que se refiere igualmente a la igualdad y a la libertad e incluso a la solidaridad, el origen de estas normas objetivas no se halla en la consideración de los derechos como elementos axiológicos, sino que parte de su simple concepción como elementos objetivos filosóficos o políticos, que progresivamente alcanzan un carácter de obligación jurídica para el poder público: los derechos no constituyen el fundamento subjetivo limitador del Estado, que se transforme en norma objetiva con efecto irradiador, sino que son ya inicialmente considerados como principios generales del Derecho, en tanto que elementos orientadores del poder públicos desde las constituciones revolucionarias. El control objetivo de constitucionalidad que realiza el Consejo Constitucional, junto con el carácter también objetivo del recurso administrativo, han contribuido a normalizar la existencia de normas que, sin una pretensión para el individuo, se imponen a los poderes públicos y progresivamente también al legislador.

A pesar de estas distintas construcciones, por tanto, los sistemas continentales cuentan en todos los casos con una serie de principios generales que determinan la configuración social, y cuyo establecimiento jurisprudencial o positivo se halla en relación con determinados valores jurídicos: éstos constituyen, en unos casos, la propia fuente de origen de las normas objetivas, generando obligaciones para los poderes públicos; o bien se incorporan, en otros

---

<sup>377</sup> En este sentido, PECES-BARBA, *Los valores superiores*, *op. cit.*, 1986, p. 41 y ss, para quien estos valores constituyen moralidad legalizada, y se desarrollan en el Título I de la Constitución, a través de principios y derechos. Los valores son, según el autor, el todo, la raíz del ordenamiento y los objetivos a desarrollar; y los principios forman parte de este todo, son consecuencias del propio sistema jurídico.

<sup>378</sup> Incluso la deducción jurisprudencial de los “principios generales del Derecho” se hacía con una base, siquiera lejana, en los derechos y principios establecidos en las declaraciones y preámbulos, pero no en unos valores abstractos que se desprendieran de ellos, elementos que no se han utilizado por el Consejo de Estado ni por el Consejo Constitucional. Es cierto que en ciertas materias el Consejo Constitucional ha adoptado la consideración de los derechos como garantías objetivas, considerando, por ejemplo, que la libertad de prensa incluye también el pluralismo y la transparencia financiera de las empresas de prensa (Decisión de 10 y 11 de octubre de 1984, *Entreprises de presse*). Pero esta consideración como elementos objetivos no pasa por su consideración como valores, sino que se basa en una visión de los derechos como obligaciones objetivas de los poderes públicos. FAVOREU, Louis; *et alter; Droit constitutionnel*, *op. cit.*, 2010, p. 877 y ss.

casos, al contenido de estos principios, estableciendo el fin general o bien jurídico que debe perseguir el Estado.

## **ii. El contenido de los principios generales de valor**

La creación positiva o jurisprudencial de los principios generales, ligada al establecimiento en la norma fundamental de un cuerpo de valores jurídicos que orientan la acción estatal hacia determinados bienes sustantivos, se halla especialmente orientada, en el Estado social, a la realización de la igualdad material (apartado a). El contenido de las normas sustantivas que se incorporan a las constituciones viene notablemente determinado por el valor igualdad, cuya introducción como elemento que vincula a todos los poderes modifica los valores subyacentes a los textos constitucionales clásicos (apartado b).

### ***a) La introducción del principio de igualdad material y su contenido***

La introducción del valor igualdad en un sentido material constituye la novedad sustancial de las constituciones del Estado social. De forma similar a los estados nórdicos, la igualdad se sitúa en el centro de la actuación que debe realizar el Estado, eliminando, junto a las desigualdades formales, las diferencias reales existentes en la práctica. En los estados continentales, sin embargo, ello no ha implicado la articulación de un cuerpo jurídico de normas igual para todas las personas, sino que la igualdad material se ha entendido como igualdad a través de la diferencia, habilitando al legislador a la realización de las distinciones que considere pertinentes. Este carácter habilitador se ha revelado, no obstante, problemático en la práctica, dada la dificultad de exigir positivamente al legislador actuaciones diferenciadoras.

El reconocimiento del principio de igualdad material se produce, en los estados continentales, siguiendo un esquema similar que parte de distintos fundamentos constitucionales: se establece, en todos los casos, un derecho fundamental a la igualdad, que vincula a todos los poderes –incluido el legislador–; se prevén una serie de causas de discriminación que resultan excluidas; y se incluye a veces un mandato de promoción de la igualdad material, que puede preverse de forma general o para un ámbito concreto.

En Alemania, por ejemplo, el derecho fundamental de todas las personas a la igualdad ante la ley (art. 3.1 Ley Fundamental) vincula a todos los poderes públicos (art. 1.3 Ley Fundamental), y se acompaña de un mandato de promoción de la igualdad efectiva entre

hombres y mujeres (art. 3.2 Ley Fundamental)<sup>379</sup>, así como de la enumeración de las causas de discriminación que resultan expresamente prohibidas (art. 3.3 Ley Fundamental). De forma similar, la Constitución española reconoce el derecho a la igualdad ante la ley de todos los españoles (art. 14), y prevé una serie de causas de discriminación excluidas (art. 14 *in fine*), estableciendo la vinculación del legislador a este derecho (art. 53.2), y previendo además un mandato general de promoción de la igualdad real en todos los ámbitos que obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos que la dificulten (art. 9.2)<sup>380</sup>. Quizá sea el sistema francés el que más difiere de este esquema, sin apartarse no obstante de sus líneas generales: la construcción histórica del principio de igualdad por la jurisprudencia sobre diversos fundamentos textuales<sup>381</sup>, con una aplicación dudosa al órgano legislativo; ha dado paso actualmente a su reconocimiento positivo como derecho general a la igualdad ante la ley con la especificación de las causas de discriminación prohibidas (art. 1.1 Constitución de 1958), y con la previsión además de un mandato de favorecer el acceso igual de mujeres y hombres a los cargos electorales y funciones electivas, así como a las responsabilidades profesionales y sociales (art. 1.2 Constitución de 1958).

El reconocimiento del principio de igualdad en los diversos estados muestra, en estos términos, una cierta concepción compartida de la igualdad, que halla su común denominador en la vinculación al legislador y en la atribución a la ley de la realización de condiciones de igualdad real. El legislador debe tratar igual lo esencialmente igual y de forma distinta lo esencialmente distinto, lo que le obliga a ir más allá de la generalidad de la norma, debiendo

---

<sup>379</sup> El mandato de promoción de la igualdad entre sexos se introduce en la Ley Fundamental en 1994, a raíz de una interpretación del Tribunal Constitucional que ya reforzaba la obligación del legislador en este ámbito. El Tribunal ha admitido, por ejemplo, la percepción de una pensión de jubilación por las mujeres a una edad más temprana que los hombres, justificándolo en la necesidad de compensar por la carga que pesa sobre las mujeres que tienen un trabajo profesional y el trabajo del hogar (BVerfGE 74, 163); y ha declarado constitucional una disposición de discriminación positiva en favor de las mujeres en relación con el trabajo nocturno (BVerfGE 85, 191). Véase sobre ello, ZULEEG, Manfred; "Gender Equality and Affirmative Action under the Law of the European Union", en *Columbia Journal of European Law*, vol. 5, 1999, p. 319 y ss.

<sup>380</sup> También en Italia, la Constitución establece un derecho de todos los ciudadanos a la misma dignidad social e igualdad ante la ley (art. 3.1), previendo una serie de causas de distinción que resultan excluidas (art. 3.1 *in fine*), y estableciendo un mandato general a los poderes públicos de "suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país" (art. 3.2).

<sup>381</sup> El derecho a la igualdad está inscrito en un amplio número de disposiciones constitucionales: la Declaración de 1789 (arts. 1, 6, 13), el Preámbulo de 1946 (arts. 1, 3, 11, 12, 13, 16, y 18); y también la Constitución de 1958 (Preámbulo y arts. 1, 2 y 3). En la práctica, no obstante, el Consejo Constitucional basa su control sobre cuatro textos: el principio de igualdad general del artículo 6 de la Declaración de 1789, el principio de igualdad en la repartición de la contribución de los ciudadanos (art. 13 Declaración de 1789), el principio de igualdad y no discriminación del artículo 1 de la Constitución de 1958, y el principio de igualdad en el sufragio (art. 3.3 Constitución de 1958).

atender a la realidad social para tener en cuenta las diferencias de hecho existentes y decidir en cada caso el tratamiento normativo correspondiente<sup>382</sup>. La aceptación de este significado, inicialmente por el Tribunal Constitucional alemán y posteriormente por las jurisdicciones constitucionales de otros estados<sup>383</sup>, implica el reconocimiento de un nuevo papel a la legislación, que pierde su carácter abstracto y establece un tratamiento diferenciado ante una multiplicidad de situaciones distintas.

La concepción de la igualdad material se entiende, por tanto, en los estados continentales, como igualdad a través de la diferencia, encomendando al legislador importantes obligaciones. Partiendo de una concepción de la igualdad como un fin no absoluto, que exige únicamente el tratamiento igual de aquello que es “esencialmente igual”, corresponde al legislador la agrupación y diferenciación de los supuestos de hecho, estableciendo aquellas distinciones e igualaciones que considere pertinentes para la propia realización de la igualdad en el orden social<sup>384</sup>. El principio de igualdad supone, cuando se aplica también al legislador, una obligación de realización de este valor a través de la ley, que debe contener en ella misma las condiciones de una mayor igualdad entre supuestos, abriéndose por tanto a la realidad social y tomando de ella los elementos que se consideren relevantes.

---

<sup>382</sup> Esta interpretación procede de la doctrina del Tribunal Constitucional alemán, y es deudora de una importante evolución en el período de Weimar. La interpretación dominante hasta el momento era la establecida por ANSCHÜTZ en su comentario a la Constitución prusiana de 1850 (art. 4), entendiendo la igualdad ante la ley como igualdad en la aplicación de la ley, quedando el legislador libre de efectuar cualquier regulación. Si bien la Constitución de 1919 reproducía el texto de la Constitución prusiana en relación con el principio de igualdad (art. 109), su interpretación fue objeto de un extenso debate alrededor de la posible sujeción del legislador a su contenido. Al lado de ciertos autores que veían en la igualdad la definición material de la ley, como norma general y abstracta (SCHMITT), otros defendían un principio que impediría al legislador establecer discriminaciones entre clases sociales (RÜMELIN, NAWIASKY, VON HIPPEL), mientras que la nueva doctrina, iniciada por HATSCHEK y desarrollada por LEIBHOLZ, sostenía que los derechos fundamentales, y en particular el principio de igualdad, constituyen garantías materiales para el ciudadano contra todo poder público, imponiéndose también al legislador como prohibición de la arbitrariedad. Esta doctrina adquiriría progresivamente una mayor aceptación, aceptándose relativamente por los Tribunales de Weimar, y consolidándose definitivamente a partir de la Ley Fundamental de Bonn. Véase LEIBHOLZ, Gerhard; *Conceptos fundamentales de la política y la teoría de la Constitución*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 110 y ss. JOUANJAN, Olivier; *Le principe d'égalité devant la loi en Droit allemand*, Economica, Paris, tesis, 1992, p. 97 y ss. NEUMANN, Franz L.; “Il significato sociale dei diritti fondamentali nella costituzione di Weimar”, en *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Il Mulino, 1983, p. 121 y ss.

<sup>383</sup> Véase BVerfGE 1, 14, donde se considera que el principio de igualdad es violado cuando no puede hallarse, en la base de una diferencia o de una igualdad de trato legal, una justificación razonable, resultante de la naturaleza de las cosas o de una razón objetivamente plausible, es decir, cuando la disposición debe considerarse arbitraria. Asimismo, por ejemplo la Decisión del Consejo Constitucional francés de 17 de enero de 1979, *Conseil des prud'hommes*; o la Sentencia del Tribunal Constitucional español 75/1983.

<sup>384</sup> Según STEIN, el Derecho constituye un proceso de diferenciación jurídica, en el que se conectan distintas consecuencias de hecho a distintos supuestos de hecho. Ningún supuesto de hecho es absolutamente igual a otro, por lo que se exige determinar cuáles son los supuestos esencialmente iguales. Véase STEIN, Ekkehard; *Derecho político*, Aguilar, Madrid, 1973, p. 221. En el mismo sentido, PERELMAN, Chaïm; “Égalité et valeurs”, en BUCH, Henri, *et alter; L'égalité*, Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1971, vol. 1, p. 319.

Esta actividad supone, evidentemente, una valoración del órgano legislativo en cuanto a las diversas situaciones sociales y una opción política por el tratamiento jurídico que quiere darles. Su límite se halla, no obstante, en la prohibición de introducir distinciones arbitrarias, que vayan más allá de lo razonable o que se funden en alguno de los motivos excluidos. Según ha establecido en Alemania el Tribunal Constitucional Federal, la decisión de distinción o igualación debe justificarse en atención a una “razón inherente a la naturaleza de la cosa o evidente”, que excluya la arbitrariedad de la regulación y que asegure una adecuada valoración de los supuestos, evitando un tratamiento que sea desproporcionado según la conciencia jurídica de la época<sup>385</sup>.

También el Tribunal Constitucional español ha acogido esta concepción desde sus primeras sentencias<sup>386</sup>, exigiendo una justificación razonable para las distinciones legislativas, que guarde una adecuada proporcionalidad de acuerdo con “la conciencia jurídica de la comunidad”<sup>387</sup>. El principio de igualdad requiere, como ha señalado JIMÉNEZ CAMPO, que la diferencia esté teleológicamente fundada (control finalista), que exista una justificación objetiva y razonable (control de pertinencia), y que la finalidad sea alcanzable mediante la norma de forma suficiente y sin ser excesiva (control de adecuación)<sup>388</sup>, lo que implica una valoración de la proporcionalidad como límite a las distinciones establecidas. La exigencia de razonabilidad y proporcionalidad se acentúa en los casos de distinciones fundadas en motivos expresamente excluidos por la Constitución, que suponen *prima facie* la existencia de una discriminación, considerándose automáticamente estas causas como generadoras de una distinción arbitraria<sup>389</sup>.

---

<sup>385</sup> Así se afirma reiteradamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Véase por ejemplo BVerfGE 1, 14 (52); 3, 135; 1, 140; 6, 136; 10, 234.

<sup>386</sup> Véanse, por ejemplo, las SSTC 22/1981, 49/1982, 144/1988.

<sup>387</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco; “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, p. 32. Para el autor, el criterio que justifique la diferencia no puede hallarse en la propia norma constitucional, sino que debe buscarse en la sociedad, valorándose lo razonable en atención a los elementos extrajurídicos predominantes en cada momento.

<sup>388</sup> En este sentido, JIMÉNEZ CAMPO, Javier; “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, p. 106 y ss.

<sup>389</sup> El Consejo Constitucional francés ha acogido, asimismo, un sentido similar del principio de igualdad, si bien su aplicación de la proporcionalidad es más matizada. Según la fórmula general que utiliza, este principio “no se opone ni a que el legislador regule de forma distinta situaciones distintas, ni a que haga excepciones a la igualdad siempre que, en uno y otro caso, la diferencia de trato resultante esté en relación directa con el objeto de la ley que la establece”(Decisión del Consejo Constitucional de 9 de abril de 1996, *Transferts d'entreprises publiques au secteur privé*). MÉLIN-SOUCRAMANEN, Ferdinand; *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris, tesis, 1997, p. 162 y ss. PELLISSIER, Gilles; *Le principe d'égalité en Droit public*, L.G.D.J., Paris, 1996, p. 31 y ss.

Sin embargo, si la jurisprudencia ha deducido y elaborado con razonable exactitud las obligaciones negativas que se desprenden del principio general de igualdad como interdicción de la arbitrariedad, la precisión de las obligaciones positivas que se deducen del mismo, o bien que se desprenden de estos mandatos de promoción social, ha resultado más complicada, no hallando en general los Tribunales una fórmula que permita imponer al legislador actuaciones determinadas<sup>390</sup>. La interpretación de estos mandatos que ha prevalecido, se liga, por lo general, a su aplicación junto con otras disposiciones constitucionales, matizándolas o dando un sentido determinado a su contenido. En el Estado español, por ejemplo, el mandato del artículo 9.2 de la Constitución se ha considerado como precepto que actúa en relación con el artículo 14 de la Constitución, integrando criterios materiales que pueden aportar un punto de conexión teleológico en el juicio sobre la razonabilidad de las distinciones normativas<sup>391</sup>: el Tribunal Constitucional ha afirmado su condición de precepto comprometedor para los poderes públicos, a fin de que pueda alcanzarse la igualdad sustancial de los individuos con independencia de su situación social<sup>392</sup>, y ha considerado que puede justificar una cierta desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad sustancial<sup>393</sup>, así como imponer la adopción de normas especiales que tiendan a corregir los efectos dispares que se sigan de la aplicación de normas generales<sup>394</sup>, si bien no puede fundar la inconstitucionalidad de una norma<sup>395</sup>. La exigencia de una actuación normativa concreta en aplicación

---

<sup>390</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique; *Dimensiones de la igualdad*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 275. Según el autor, la igualdad material que propugna el artículo 9.2 no puede realizarse al margen de los mecanismos del Estado de Derecho, que aseguran a los ciudadanos frente a los abusos del poder.

<sup>391</sup> Así lo expresa MONTILLA MARTOS, José Antonio; “El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad”, en AAVV; *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1997, p. 443. En un sentido similar, apuntando la virtualidad del artículo 9.2 de la Constitución como refuerzo al artículo 14, que se aplica conjuntamente habitualmente, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup> Fernanda; “Artículo 9.2. La igualdad real”, en CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (dirs.); *Comentarios a la Constitución española: XXX aniversario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 140. En contra, considerándolo como mera norma programática, GARRIDO FALLA, Fernando; “Artículo 9.2 CE”, en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p. 166.

<sup>392</sup> STC 36/1989 (FJ 4c), si bien el Tribunal afirma que del mismo no se deriva el derecho de los trabajadores a formar parte de la Administración pública, pues ésta es una medida más entre las posibles que corresponde decidir a los poderes públicos, sin que puea deducirse un derecho concreto a participar.

<sup>393</sup> STC 114/1983 (FJ 2), en relación con la obligación de consignación que prevé la Ley de Procedimiento Laboral; y STC 98/1985 (FJ 9), en relación con el tratamiento desigual de los sindicatos en el Proyecto de Ley orgánica de libertad sindical.

<sup>394</sup> STC 19/1988 (FJ 10), en relación con la previsión en la legislación penal de una responsabilidad personal como subsidiaria a la pena de multa inejecutable.

<sup>395</sup> STC 98/1985 (FJ 9), en la que se niega que el artículo 9.2 de la Constitución pueda llevar a la declaración de inconstitucionalidad de una norma por establecer diferencias entre los sindicatos.

exclusivamente del principio de igualdad material se revela complicada, actuando éste en relación con otras disposiciones.

***b) La modulación de los restantes principios generales***

La previsión del principio de igualdad con una cierta vertiente material supone la introducción de un elemento nuevo en la tradición constitucional europea, que modifica los valores subyacentes a la norma fundamental y renueva el cuerpo de principios generales definidores de la configuración social. Si este nuevo valor y principio adquiere, en los diversos estados, una distinta relación con los demás principios generales, y da lugar a un orden de valores que es propio en cada ordenamiento, se genera en todos ellos una cierta concepción valorativa compartida, que sitúa al individuo, entendido como ser con circunstancias concretas, en el centro del sistema jurídico. Ello se refleja, por un lado, en el establecimiento del principio de dignidad humana, con un contenido que incluye ciertos elementos de igualdad y modulación del principio de libertad; y se expresa, asimismo, en la interpretación que se da a las cláusulas que definen el Estado como social, que obligan a una interpretación integrada de los diversos valores y principios.

El reconocimiento del principio de igualdad en su vertiente material introduce una serie de modificaciones relevantes en el contenido de los demás principios generales. Su establecimiento en la propia norma constitucional, con el mismo rango que los demás principios, obliga a una interpretación modulada de los mismos, en la que cada uno pueda desplegar al máximo su contenido, sin quedar por ello los restantes principios desnaturalizados. Ello supone una concepción específica del individuo, reconociendo la importancia del principio general de libertad pero también su relación con el entorno y la comunidad social, lo que sitúa en la igualdad un valor imprescindible para el desarrollo del sujeto<sup>396</sup>. El principio de libertad o libre desarrollo de la personalidad adquiere, así, un sentido matizado en relación con el valor igualdad: por un lado, la libertad del individuo no es real ni efectiva si éste no tiene una mínima garantía de seguridad material; por otro lado, la igualdad no puede entenderse como absoluta, anulando la autonomía y libre desarrollo del individuo, sino que debe integrarse y conjugarse con el principio de libertad, en una actuación que aspire a realizar la igual libertad de todos.

---

<sup>396</sup> En este sentido, PECES-BARBA, Gregorio; *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 69 y ss; para quien el concepto de dignidad humana, que parte inicialmente en la filosofía de un contenido de autonomía individual, supone igualmente actualmente la igualdad entre los seres humanos, excluyendo toda forma de discriminación.

Así se refleja, por ejemplo, en la Ley Fundamental alemana, donde el reconocimiento expreso de la igualdad como derecho, tras el principio de dignidad humana (art. 1.1) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1), conforma un cuerpo de principios generales que halla en el individuo su centro de gravedad, ofreciendo un marco de soluciones para resolver la tensión entre la libertad individual y el bien común en el Estado. Si como señala BENDA, en la concepción del liberalismo la dignidad de la persona no era asunto de la incumbencia del Estado<sup>397</sup>, su establecimiento posterior como fundamento del orden constitucional implica una concepción de la persona vinculada a la comunidad, cuya sustantividad propia exige no ser menoscabada por el poder público, pero requiere también la sujeción de su libertad a los límites que imponga el legislador, dentro de los márgenes de lo exigible y en atención a la realización de la igualdad<sup>398</sup>.

Ello ha llevado al Tribunal Constitucional Federal a considerar que el principio de dignidad humana incluye, no sólo una garantía de indemnidad del sujeto frente a tratos inhumanos o degradantes<sup>399</sup>, sino también una vertiente social: el Tribunal deduce, de este principio, un derecho a la garantía de un mínimo de subsistencia, exigiendo al poder público el respeto a un mínimo de ingresos del sujeto para satisfacer las necesidades propias y de la familia, y la provisión de este mínimo suficiente en el caso de que el individuo no pueda mantenerse<sup>400</sup>. El principio de dignidad humana opera, así, como punto de equilibrio entre las tentaciones de igualación absoluta y las concepciones del liberalismo puro, estableciendo la base para una interpretación integrada de los principios de libertad e igualdad. La compatibilización e integración de los dos principios corresponde al legislador, debiendo éste mantenerse ligado a la concepción del individuo que se desprende de la Constitución<sup>401</sup>.

---

<sup>397</sup> BENDA, Ernst; "Dignidad humana y derechos de la personalidad", en *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2001, p. 119 y ss.

<sup>398</sup> BVerfGE 4, 7 (17). Independientemente de que el propio principio de dignidad tenga protección en amparo, son los diversos derechos los que concretan este principio, dándole un contenido concreto en cada ámbito. Sobre ello, ENDERS, Christoph; "The Right to Have Rights. The Concept of Human Dignity in German Basic Law", en *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, núm. 2, 2010, p. 3.

<sup>399</sup> El Tribunal Constitucional Federal alemán sostiene inicialmente una concepción del principio de dignidad humana como protección defensiva, que asegura al individuo frente a la humillación, la persecución, la condena o el ostracismo, pero no contra las dificultades materiales. Véase BVerfGE 1, 97 (204), donde el Tribunal niega la existencia de un derecho a pensiones suficientes derivado del artículo 1.1 de la Ley Fundamental, considerándolo únicamente una obligación del Estado, dentro de la cual el legislador tiene un amplio margen de apreciación.

<sup>400</sup> El reconocimiento de este derecho se produce tras una larga evolución jurisprudencial, en la que el Tribunal Constitucional admite ciertas dimensiones positivas del principio de dignidad humana. Véase especialmente BVerfGE 5, 237; 14, 99; 125, 175.

<sup>401</sup> En este sentido, dejando al legislador la decisión sobre una solución justa, BVerfGE 10, 354 (371); 29, 221 (235); 50, 290 (338).

También en otros ordenamientos continentales la introducción del principio de igualdad material se ha puesto en relación con una específica consideración del sujeto plasmada en el principio de dignidad humana. En Italia, por ejemplo, el propio precepto que contiene el principio de igualdad muestra una concepción material que impone al Estado la promoción de la igualdad real eliminando en la práctica los obstáculos que la limiten, y ligando el disfrute efectivo de esta igualdad y de la libertad al pleno desarrollo de la persona, haciendo referencia incluso a una misma “dignidad social” de los individuos (art. 3.1)<sup>402</sup>. En España, la introducción de la igualdad material, en los dos niveles del artículo 14 y el artículo 9.2 de la Constitución, coincide con el establecimiento en el plano constitucional del principio de dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 Constitución española), reconociéndose como fundamentos del orden político y social con un contenido modificado por el principio de igualdad: la dignidad de la persona se liga a una serie de “derechos inviolables que le son inherentes”, y el libre desarrollo de la personalidad supone en todo caso una libertad sujeta al “respeto a la ley y a los derechos de los demás”, quedando por tanto ligada al marco constitucional y a las exigencias que se deriven del resto de intereses de la comunidad –no como libertad absoluta-<sup>403</sup>.

En Francia, la aplicación del principio de igualdad al legislador supone, igualmente, una modificación del conjunto de principios generales que subyacen al texto constitucional y que, si tienen aquí una positivación menos sistemática, muestran también una concepción renovada del individuo. Es cierto que esta concepción no se plasma, en el sistema francés, en el reconocimiento explícito de un principio de dignidad humana que se sitúe en el centro del sistema constitucional, pero ello no impide la deducción de los textos constitucionales de una concepción del individuo como ser social, que se desprende de otras disposiciones: el conjunto de derechos sociales reconocidos por el Preámbulo de 1946, junto con la referencia a la “degradación de la persona humana” (párrafo 1 del mismo texto), han servido al Consejo Constitucional para deducir un principio constitucional de dignidad de la persona<sup>404</sup>, y han

---

<sup>402</sup> Este precepto, combinado con el artículo 3.2 de la Constitución italiana, implica según PIZZORUSSO una solución intermedia entre el igualitarismo extremo y la mera igualdad de derecho, procurando unos límites máximos y mínimos que aseguren a todos una vida digna. PIZZORUSSO, Alessandro; *Lecciones de Derecho constitucional*, vol. I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 172.

<sup>403</sup> El Tribunal Constitucional, si no ha dado una definición cerrada de lo que constituye la dignidad humana ni ha deducido de este principio en abstracto obligaciones para los poderes públicos, ha considerado la dignidad como “un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión del respeto por parte de los demás” (STC 53/1985, FJ 8).

<sup>404</sup> Véase la Decisión del Consejo Constitucional de 27 de julio de 1994. Este principio ha servido posteriormente, en combinación con los párrafos 10 y 11 del Preámbulo de 1946, a la deducción de la

dado lugar a una consideración matizada de la libertad, cuyo contenido depende también de su vinculación social<sup>405</sup>.

La renovación de este cuerpo de principios generales por obra del concepto de igualdad material se refleja, asimismo, en la interpretación que se ha dado a las diversas cláusulas que definen el Estado como social (arts. 20.1, 28.1 Ley Fundamental alemana, art. 1 Constitución francesa, art. 1 Constitución italiana, art. 1.1 Constitución española). En Alemania, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal ha considerado que el principio de Estado social contiene obligaciones concretas para los poderes públicos, en particular la obligación de realizar ciertas actividades sociales que den lugar a un orden social justo<sup>406</sup>, lo que incluye a veces una obligación de regulación legislativa, procurando el equilibrio entre las contradicciones sociales<sup>407</sup>. A pesar de ciertas posiciones doctrinales que veían en esta cláusula una importante modificación de los elementos de la constitución económica de la sociedad<sup>408</sup>, el Tribunal parece haber optado por una interpretación prudente, asignando su concreción al legislador pero extrayendo la obligación de realizar una cierta actividad social, que se liga habitualmente al principio de igualdad y a la búsqueda de un equilibrio entre los distintos valores de la Ley Fundamental<sup>409</sup>.

En el sistema español, también el principio de Estado social (art. 1.1 Constitución) se ha interpretado en estrecha conexión con los valores que incorpora la norma fundamental, en particular con el principio de igualdad. La doctrina ha puesto de relieve la necesidad de interpretar la cláusula del Estado social de forma conjunta con los principios de Estado

---

posibilidad de toda persona de disponer de una vivienda decente como objetivo de valor constitucional (Decision de 19 de enero de 1995). PAVIA, Marie-Lucie; “La dignité de la personne humaine”, en CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (dirs.); *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2001 (7ª ed.), p. 129 y ss.

<sup>405</sup> Así, por ejemplo, la Decisión del Consejo Constitucional de 27 de julio de 1982, en la que se establece que “estas libertades [libertad de empresa], que no son ni generales ni absolutas, sólo pueden existir en el marco de una reglamentación establecida por la ley”.

<sup>406</sup> Véase entre otras BVerfGE 5, 85 (198); 22, 180 (204); 27, 253 (283); 35, 202 (235 y ss); 59, 231.

<sup>407</sup> Véase por ejemplo BVerfGE 50, 57 (108); 22, 180 (204).

<sup>408</sup> En este sentido, véase ABENDROTH, Wolfgang; “El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político”, en ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl; *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 41 y ss. ABENDROTH, Wolfgang; “El concepto de estado de derecho democrático y social tal como se formula en la Constitución de la República Federal de Alemania”, en *Sociedad antagónica y democracia política*, Ediciones Grijalbo, Barcelona-México, 1973, p. 272 y ss.

<sup>409</sup> BENDA, Ernst; “El Estado social de Derecho”, en *Manual de Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 533 y ss, para quien la cláusula de Estado social no tiene una función transformadora de la sociedad, ni tiene contenidos concretos, sino que ofrece una perspectiva metodológica para aproximarse a la meta a realizar.

democrático y de Estado de Derecho<sup>410</sup>, hallando la particularidad del Estado social en la asunción del valor igualdad en su vertiente material, lo que resulta en la regulación constitucional del proceso económico y en el reconocimiento de derechos y libertades de contenido económico y social<sup>411</sup>. El Tribunal Constitucional ha derivado también de este principio, en relación con otros principios y derechos constitucionales, obligaciones positivas para los poderes públicos, exigiéndoles determinadas regulaciones que eliminen los obstáculos al ejercicio de ciertos derechos<sup>412</sup>.

### iii. La eficacia de los principios generales de valor

La eficacia de los principios generales de valor presenta múltiples formas, que dependen de su modo de reconocimiento así como de su interpretación por los órganos de justicia constitucional. Si a primera vista su eficacia concreta parece plantear dificultades, debido a su generalidad y amplitud, los principios se han aceptado en los sistemas continentales como

---

<sup>410</sup> En este sentido apunta la mayoría de la doctrina española, si bien fue el mérito del profesor GARCÍA-PELAYO mostrar por primera vez la relación entre los tres principios. Según el autor, el Estado social exige un sistema democrático político y social, y se construye al mismo tiempo sobre los conceptos del Estado de Derecho adaptados. Véase GARCÍA-PELAYO, Manuel; *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, 1977, p. 48 y ss. Anteriormente, constatando la evolución del Estado de Derecho liberal hacia el Estado social de Derecho, pero exigiendo una mayor democratización, DÍAZ, Elías; *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus ediciones, Madrid, 1981(8ª ed.), p. 112 y ss. También en esta línea, LUCAS VERDÚ, Pablo; *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, p. 96 y ss.

<sup>411</sup> En este sentido, GARRORENA MORALES, Ángel; *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 48 y ss. Para el autor, la principal proyección del principio de Estado social se halla en la aceptación de la igualdad como valor superior del ordenamiento, que obliga a corregir las desigualdades existentes, en una interpretación integrada del artículo 14 y el artículo 9.2 de la Constitución. LÓPEZ GUERRA, Luís; “Las dimensiones del Estado social de Derecho”, en *Sistema*, núm. 38-39, 1980, p. 171 y ss. LUCAS VERDÚ, Pablo; “Artículo 1: Estado social y democrático de Derecho”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (coord.); *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol.1, 1996, p. 98 y ss. NICOLÁS MUÑIZ, Jaime; “La declaración de Estado social en la Constitución española de 1978”, en *Libro homenaje a Manuel García-Pelayo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1980, p. 163 y ss. Más recientemente, GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel; MAESTRO BUELGA, Gonzalo; “Regulación constitucional y posibilidad del Estado social”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 22, 1988, p. 87 y ss. PÉREZ ROYO, Javier; “Estado social de Derecho”, en ARAGÓN REYES, Manuel; *Temas básicos de Derecho constitucional*, op. cit., 2001, p. 162 y ss. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; “El Estado social de Derecho”, *Revista de historiografía*, núm. 9, 2008, p. 91 y ss. TORRES DEL MORAL, Antonio; “El Estado social”, en *Teoría y Derecho*, núm. 9, 2011, p. 32, si bien para este autor el valor central viene constituido por la libertad, del que derivan todos los demás.

<sup>412</sup> El Tribunal ha considerado por ejemplo, en relación con la libertad de los medios de comunicación, que la cláusula del Estado social y el mandato del artículo 9.2 imponen actuaciones positivas a los poderes públicos, que deben adoptar las medidas necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudiera oponerle (STC 6/1981, FJ 5). En relación con la asistencia letrada, la cláusula del Estado social obliga a una organización del derecho que garantice su efectividad material (STC 42/1982, FJ 2). Este principio delimita también la institución de la prisión provisional y su regulación (STC 41/1982, FJ 2), y obliga al poder público a justificar las limitaciones que quiera imponer al derecho a la huelga (STC 11/1981, FJ 22). PÉREZ ROYO, Francisco; “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984, p. 176.

normas vinculantes (apartado a), y despliegan en la práctica una gran variedad de efectos, proyectando su significado hacia el ordenamiento tanto en un sentido negativo, excluyendo determinadas conductas, como positivo, exigiendo al Estado actuaciones concretas. Las distintas dimensiones de la eficacia de estos principios van ligadas a la evolución de la justicia constitucional, y a la adopción por los Tribunales constitucionales de nuevos métodos de interpretación y concreción de las disposiciones materiales fundamentales: así se refleja en relación con el principio de Estado social (apartado b), el principio de dignidad humana (apartado c) y el principio de igualdad (apartado d).

***a) La aceptación de la eficacia jurídica de los principios generales de valor***

En los estados continentales, los principios generales participan de la eficacia normativa que corresponde a las disposiciones constitucionales. Se afirma, en estos países, la normatividad de toda la Constitución, que se impone en todos sus preceptos como norma suprema al resto del ordenamiento, gozando de una superioridad jerárquica que la dota de una especial fuerza pasiva o resistente a su modificación, y de una fuerza activa propia que implica la derogación de aquellas normas inferiores contrarias a su contenido<sup>413</sup>. La ubicación de la norma fundamental, según la construcción de KELSEN, en la cúspide de la pirámide normativa, supone su afirmación en los ordenamientos continentales como norma que funda la validez de los demás actos del ordenamiento y que determina, por tanto, las condiciones de su pertenencia al sistema jurídico<sup>414</sup>, lo que se predica también de los principios generales en tanto que preceptos constitucionales.

Es cierto que la eficacia de estos principios, en especial aquéllos que inciden en la configuración social, ha sido ampliamente discutida en los diversos estados continentales a pesar de su reconocimiento positivo, cuestionándose su aptitud para generar efectos jurídicos y, como consecuencia, su propio carácter de normas de Derecho. Así se reflejó especialmente en Alemania, donde un sector de la doctrina constitucional, encabezado por FORSTHOFF, negó durante un largo período la naturaleza jurídica del principio de Estado social establecido expresamente en la Ley Fundamental (arts. 20.1, 28.1), considerándolo incompatible con el

---

<sup>413</sup> Así por ejemplo el Tribunal Constitucional español ha afirmado el carácter de norma jurídica de la Constitución en su totalidad (STC 4/1981), considerándola Derecho directamente aplicable sin necesidad de desarrollo legislativo en la mayor parte de casos (STC 16/1982), y reconociendo que los principios generales tienen fuerza derogatoria desde la Constitución (STC 4/1981).

<sup>414</sup> KELSEN, Hans; *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., 1995, p. 146 y ss. Para el autor, como se sabe, una norma jurídica es válida siempre que se haya producido dentro de los términos que establece la norma fundamental, y aunque sea contraria a ella sigue siendo válida si no existe un órgano especial distinto al legislador que examine su constitucionalidad y pueda expulsarla del ordenamiento.

principio de Estado de Derecho y, por tanto, carente de efecto jurídico-constitucional<sup>415</sup>. También en Francia el principio de igualdad, a pesar de ser reconocido en la Constitución, fue considerado hasta los años setenta un principio político carente de fuerza vinculante para el legislador, hallándose fuertes reticencias a su aplicación normativa desde la Constitución<sup>416</sup>.

Posteriormente, sin embargo, la interpretación de estos principios generales por los órganos de justicia constitucional ha venido a afirmar su naturaleza jurídica y la vinculación que suponen para los poderes públicos. En Alemania, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal ha establecido la naturaleza jurídica y la aplicación directa del principio de Estado social, situándolo en el mismo nivel que los principios de Estado democrático y de Estado de Derecho<sup>417</sup> y considerándolo, por tanto, susceptible de generar efectos jurídicos de diversos tipos. En Francia, el Consejo Constitucional, tras algunas dubitaciones, ha aplicado asimismo el principio de igualdad al legislador, considerándolo parte de la Constitución y generador de efectos vinculantes en relación con la actividad legislativa<sup>418</sup>. Esta evolución se ha reflejado también en el ordenamiento español, donde el Tribunal Constitucional ha afirmado, desde sus primeras sentencias, el carácter jurídico de la Constitución en su totalidad incluyendo a los principios generales<sup>419</sup>, lo que ha sido aceptado de forma general por la doctrina<sup>420</sup>.

---

<sup>415</sup> La polémica doctrinal entorno al valor jurídico de este principio se produjo inmediatamente después de la aprobación de la Ley Fundamental. Para ciertos autores, como FORSTHOFF y GREWE, su introducción en la norma fundamental estaba desprovista de todo valor normativo, puesto que resultaba incompatible con el Estado de Derecho y que consistía en un concepto en blanco carente de sustancia. Frente a ellos, una minoría de autores alemanes, como ABENDROTH y RIDDER, han defendido que el principio del Estado social constituye una extensión del principio democrático y del principio de igualdad, por lo que supone modificaciones importantes en la constitución económica de la sociedad. La mayoría de autores ha aceptado finalmente el carácter jurídico del principio de Estado social, como principio vinculante para el Estado que es más que un mero principio rector pero que necesita ser concretado. Véase FORSTHOFF, Ernst; *Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania*, Publicaciones del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Madrid, 1966, p. 23 y ss. ABENDROTH, Wolfgang; “El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político”, *op. cit.*, 1986, p. 41 y ss. Asimismo, una relación del debate se halla en PAREJO ALFONSO, Luciano; *Estado social y Administración Pública*, *op. cit.*, 1983, p. 35 y ss.

<sup>416</sup> Véase en este sentido LEBEN, Charles; “Le Conseil Constitutionnel et le principe d’égalité devant la loi”, en *Revue du Droit public et de la Science politique*, 1982, p. 295, quien limita la capacidad del Consejo de imponer el principio de igualdad al legislador a los casos de discriminación por causas prohibidas en la Constitución.

<sup>417</sup> Véase entre otras BVerfGE 1, 105; 3, 381; 6, 41 y 198; 10, 370; 17, 23.

<sup>418</sup> Véase la Decisión del Consejo Constitucional de 27 de diciembre de 1973, *Taxation d’office*, donde se declara no conforme a la Constitución un precepto de la propuesta de Ley de finanzas para 1974, por introducir una distinción entre ciudadanos en cuanto a la posibilidad de aportar una prueba contraria a una decisión de taxación de oficio. Posteriormente, esta jurisprudencia se ha desarrollado especialmente en relación con los ámbitos de prohibición de discriminación.

<sup>419</sup> Véanse en especial las SSTC 4/1981 (FJ 1) y 16/1982 (FJ 1), donde se precisa que los principios generales del Derecho establecidos en la Constitución informan todo el ordenamiento, y en caso de una incompatibilidad irreductible con ellos, gozan también de fuerza derogatoria respecto a las normas inferiores, siendo la Constitución norma jurídica que vincula a todos los poderes públicos y ciudadanos.

<sup>420</sup> La vinculación de todos los poderes a la Constitución, incluyendo también los principios generales, se afirma de forma unánime por la doctrina, generando únicamente reticencias la eficacia de otro tipo de principios, como

La naturaleza jurídica de estas disposiciones y su aptitud para generar efectos de Derecho resulta, pues, afirmada actualmente en todos los países continentales. A diferencia de los estados nórdicos, donde las disposiciones de principios y fines generales se consideran normas programáticas, negándoles toda capacidad de vinculación y de producir efectos concretos, en el modelo continental la interpretación de estas normas por los órganos constitucionales y su mayor elaboración doctrinal ha contribuido a precisar su régimen jurídico, considerándose todos ellos como normas jurídicas vinculantes, y distinguiéndose entre diversos grados de eficacia según los efectos concretos que pueda generar cada tipo de norma. El carácter general vinculante de todas las normas constitucionales, que se deriva de su pertenencia a la Constitución compartiendo sus características formales –supremacía, rigidez, procedimiento especial de reforma-, se combina así con la existencia de distintos niveles de eficacia, en función de las características de cada norma y de su idoneidad para alcanzar el fin propuesto<sup>421</sup>.

Así se afirma, en general, en la doctrina continental, donde los diversos autores han distinguido varios tipos de normas constitucionales en función de sus características y su eficacia, estableciendo los principios generales constitucionales como un tipo específico que tiene unos efectos jurídicos propios. Para RUBIO LLORENTE, siguiendo la tipología de SCHEUNER, los principios fundamentales y fines del Estado son directrices básicas para la interpretación de la Constitución, como normas que vinculan al legislador, a pesar de no ser directamente exigibles<sup>422</sup>. También HUBER establece las normas de directrices al legislador como un tipo general de normas constitucionales en el que se incluyen los principios generales, con una eficacia distinta a la de las normas orgánicas y las normas declarativas de derechos fundamentales<sup>423</sup>. En la doctrina francesa, FAVOREU considera que el bloque de la

---

son los principios rectores (Capítulo III del Título I de la Constitución). Véase RUBIO LLORENTE, Francisco; “La Constitución como fuente de Derecho”, en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, op. cit., 1993, p. 83 y ss. LUCAS VERDÚ, Pablo; “El derecho constitucional como derecho administrativo”, en *Revista de Derecho político*, núm. 13, 1982, p. 15 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1991 (3ª ed.), p. 69 y ss. APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel; *Introducció al sistema polític i constitucional espanyol*, Ariel, Barcelona, 1991 (5ªed.), p. 49 y ss.

<sup>421</sup> En este sentido, PRIETO SANCHÍS, Luis; *Apuntes de teoría del Derecho*, op. cit., 2005, p. 86 y ss, quien distingue en las normas de fines y principios constitucionales una eficacia como cumplimiento y una eficacia como resultado, puesto que deben ser idóneas para alcanzar el fin propuesto y ser eficaces también hacia las normas inferiores, consiguiendo que éstas regulen de forma adecuada la materia. Sobre el concepto de vinculación, especialmente en su vertiente negativa en los derechos fundamentales, MEDINA GUERRERO, Manuel; *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 4.

<sup>422</sup> El autor los distingue de otras normas constitucionales, como los derechos fundamentales, las garantías institucionales, y los mandatos al legislador. RUBIO LLORENTE, Francisco; “La Constitución como fuente de Derecho”, en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, op. cit., 1993, p. 96 y ss.

<sup>423</sup> Así lo indica STERN, Klaus; *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, op. cit., 1987, p. 274.

constitucionalidad es valorado de forma distinta y tiene efectos diversos para el Consejo Constitucional según el tipo de normas constitucionales examinadas, otorgando una mayor libertad cuando se trata de normas de principios generales<sup>424</sup>.

Los principios generales tienen pues, por sus características normativas, una forma de eficacia distinta a la de otras normas constitucionales, si bien constituyen igualmente normas vinculantes para el poder público. Si en las diversas constituciones no se prevén expresamente diferencias en cuanto a su régimen jurídico –como sí se hace a veces para otros tipos de principios-, parece que la capacidad de estas normas de generar obligaciones y efectos jurídicos depende de los rasgos de su enunciado, cuya generalidad y amplitud dificulta a veces la extracción de obligaciones concretas para el poder público.

### ***b) La eficacia del principio de Estado social***

El principio de Estado social ha tenido efectos diversos en los distintos ordenamientos. Su reconocimiento difiere, como se vio, en los términos de su formulación, y también la extracción de efectos jurídicos a partir de él ha variado en la jurisprudencia de los diversos Tribunales constitucionales. En ciertos ordenamientos –como Italia o Francia-, dicho principio ha tenido una escasa utilización. En otros, donde ha sido más elaborado –Alemania y España- ha sido dotado de una cierta eficacia negativa, que opera en casos extremos, aunque no de efectos positivos concretos más allá de la interpretación de otras normas del ordenamiento. La amplitud y vaguedad de su contenido, que es difícilmente determinable por los Tribunales, atribuye al legislador un amplio margen de maniobra, siendo complicada la determinación de obligaciones concretas o la invalidación de una norma sólo en base a este principio aisladamente considerado.

En relación con los efectos negativos, que prohíben al Estado ciertas conductas contrarias a su contenido, el principio de Estado social se ha interpretado como excluyente únicamente de determinadas opciones extremas, sin deducirse de él un marco cerrado de obligaciones que se impongan al legislador. En el ordenamiento alemán, se ha establecido que este principio (art. 20.1, 28.1 Ley Fundamental) excluye una interpretación individualista absoluta de las normas de derechos, y en especial de las libertades y derechos económicos, que deben ser

---

<sup>424</sup> FAVOREU, Louis; “Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, *op. cit.*, 1977, p. 33 y ss. FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco; *El bloque de constitucionalidad*, Civitas, Sevilla, Madrid, 1991, p. 25 y ss. En España, DE OTTO ha resaltado las particularidades de los principios generales como normas de programación final, en las que el propio mandato y el contenido del deber impuesto es el fin previsto para el poder público, sin indicar la forma o la conducta concreta que debe realizarse. DE OTTO, Ignacio; *Derecho constitucional*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989 (2ª ed.), p. 43 y ss.

compatibles con otros intereses protegidos en el marco constitucional, modulando por tanto su contenido en atención a su función social<sup>425</sup>. Sin embargo, es difícil encontrar supuestos en que la alegación única de este principio conlleve la exclusión de un comportamiento público: el Tribunal Constitucional Federal alemán ha considerado, por ejemplo, que este principio no impide la fijación por el legislador del nivel y la duración de las pensiones que considere adecuados, siendo violado únicamente cuando la determinación del colectivo protegido genere una violación del principio de igualdad, o perjudique a uno de los grupos<sup>426</sup>.

También en el Estado español el Tribunal Constitucional ha considerado que este principio excluye opciones legislativas extremas, como serían una planificación económica exclusivamente estatal que eliminara la libertad de empresa, o bien una regulación de la propiedad como derecho absoluto, que no atendiera a su función social<sup>427</sup>. No obstante, el principio actúa habitualmente en relación con otras normas constitucionales, siendo difícil, por la amplitud de su contenido, declarar la invalidación de una norma únicamente en base a su vulneración. Sólo en supuestos extremos sería posible tal declaración, quedando los demás supuestos dentro del ámbito de libre apreciación del legislador.

En una línea similar, la eficacia positiva del principio de Estado social no logra imponer al poder público obligaciones concretas, sino que su efecto positivo radica en la interpretación de otras normas, así como en la habilitación e impulso del legislador. Según el Tribunal Constitucional alemán, este principio no permite justificar directamente restricciones a un derecho fundamental, sin una concreción legislativa<sup>428</sup>, ni da lugar, aisladamente considerado, a pretensiones jurídicas prestacionales, originando únicamente la inconstitucionalidad de las medidas legislativas que lo desatiendan radicalmente<sup>429</sup>. En el Estado español, el principio ha desplegado también un efecto interpretativo importante de ciertas disposiciones<sup>430</sup>, y ha tenido, junto con el principio de igualdad, un efecto habilitador e impulsor de ciertas

<sup>425</sup> BVerfGE 10, 354 (371); 29, 221 (235); 50, 290 (338).

<sup>426</sup> BVerfGE 1, 97 y 40, 121. Este principio no ha tenido, pues, el efecto transformador que se esperaba inicialmente, siendo la jurisdicción constitucional muy prudente en la deducción de aquellos contenidos que de él se desprenden de forma imprescindible. JOUANJAN, Olivier; "La théorie allemande des droits fondamentaux", en *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. especial, 1998, p. 47.

<sup>427</sup> Véase por ejemplo la STC 83/1984 (FJ 3) en relación con la libertad de empresa, o la STC 37/1987 (FJ 2) sobre la función social de la propiedad.

<sup>428</sup> Véase BVerfGE 59, 231.

<sup>429</sup> Véase BVerfGE 22, 83; 35, 355.

<sup>430</sup> Por ejemplo, el principio de Estado social exige una interpretación del derecho a ser asistido de letrado que permita su garantía material a los desposeídos, existiendo el derecho a pesar de que tal garantía sea deficiente (STC 42/1982). El principio de Estado social produce también una transformación en el concepto del derecho de propiedad privada, al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido (STC 16/1986).

regulaciones: ha servido, por ejemplo, para permitir un trato desigual a trabajadores y a empresarios, en base a la finalidad tuitiva o compensadora de la legislación laboral<sup>431</sup>, y ha permitido la compatibilización de diversas pensiones obtenidas por causas distintas, exigiendo la interpretación de la norma más favorable a los objetivos constitucionales<sup>432</sup>.

En otros estados, como en Francia o Italia, las cláusulas de la “República social” o de la “República democrática fundada en el trabajo” han tenido una menor significación, y no han sido desarrolladas jurisprudencialmente extrayendo de ellas efectos jurídicos. La existencia, en estos sistemas, de disposiciones concretas sociales en el texto fundamental ha hecho menos necesaria la elaboración de este principio general, que ha sido escasamente utilizado por los órganos de justicia constitucional.

### *c) La eficacia del principio de dignidad humana*

El principio de dignidad humana es capaz también de generar una eficacia positiva y negativa, estableciendo obligaciones y prohibiciones de actuación a los poderes públicos. En la medida en que, como se vio, este principio encarna la concepción social del individuo como ser concreto en la comunidad, sus efectos varían en cada ordenamiento, pero han sido elaborados por los Tribunales constitucionales, con distintas intensidades. Así, si en todos ellos se reconoce una eficacia negativa a este principio, así como un efecto interpretativo, la eficacia positiva concreta, que pueda dar lugar a pretensiones subjetivas, se reconoce en base a él únicamente en el sistema alemán, donde ha adquirido una gran virtualidad en materia social.

En el ordenamiento alemán, el principio de dignidad humana tiene, como se indicó, una importante significación como fundamento pre-positivo de la Ley Fundamental, y adquiere por ello una intensa eficacia negativa en la jurisprudencia constitucional. Si el Tribunal Constitucional Federal ha considerado este principio, sobretudo en su jurisprudencia inicial, como garantía frente a determinadas agresiones que supusieran la humillación, estigmatización o persecución de la persona<sup>433</sup>, posteriormente ha evolucionado hacia la garantía de la seguridad material, asegurando en virtud del mismo un mínimo vital de

---

<sup>431</sup> SSTC 3/1983, 14/1983.

<sup>432</sup> STC 19/1982, en la que se establece la compatibilidad de una pensión de jubilación con la pensión de viudedad, en base a una interpretación de la norma que debe tener en cuenta el principio de Estado social y los objetivos constitucionales fijados en el artículo 9.2 de la Constitución y en el Capítulo III del Título I de la Constitución.

<sup>433</sup> Véase especialmente BVerfGE 1, 97 (104), donde el Tribunal rechaza una interpretación de la dignidad humana como protección frente a la necesidad material y la circunscribe a la protección frente a agresiones físicas o psíquicas. BENDA, Ernst; “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, *op. cit.*, 2001, p. 125 y ss.

subsistencia, y excluyendo por tanto aquellas regulaciones que no cumplan de modo suficiente con esta garantía. Según el Tribunal, el artículo 1.1 de la Ley Fundamental impide que se despoje al individuo de los recursos indispensables para una vida digna, lo que implica por ejemplo, en materia de legislación fiscal, el respeto a un mínimo de renta libre de impuestos, suficiente para proveer las necesidades individuales y de la familia<sup>434</sup>. El principio de dignidad humana impide, en su eficacia negativa, las regulaciones fiscales que no respeten este mínimo, que pueden por tanto ser invalidadas en base al mismo.

También en el sistema español el principio de dignidad entraña un efecto negativo, si bien éste no se ha desarrollado extensamente en materia social. Se ha afirmado, por ejemplo, que la dignidad de la mujer excluye su consideración como mero instrumento, afirmando la adecuación constitucional de la despenalización del aborto<sup>435</sup>, y se han anulado ciertos preceptos de la legislación de extranjería –algunos, relativos a derechos sociales, como la libertad sindical o el derecho de educación– que excluían a los extranjeros del goce de estos derechos fundamentales, considerándose inadmisibles dicha regulación en base al criterio de su conexión con la dignidad humana<sup>436</sup>.

La eficacia positiva de este principio genera, por el contrario, más dificultades, hallando sólo en el ordenamiento alemán una concreción tal en la jurisprudencia que puede dar lugar a pretensiones individuales. Según el Tribunal Constitucional Federal, este principio incluye la obligación del poder público de prever un mínimo de subsistencia para la persona, generando, especialmente a partir de la Sentencia *Hartz IV* de 9 de febrero de 2010, un derecho subjetivo plenamente reclamable por el individuo en esta materia<sup>437</sup>. Este principio aparece, así, con una

---

<sup>434</sup> BVerfGE 82, 60 (85). BITTNER, Claudia; “Casenote- Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee of a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court’s Judgment of 9 February 2010”, en *German Law Journal*, vol. 12, núm. 11, p. 1942 y ss.

<sup>435</sup> STC 53/1985, FJ 9. Asimismo, se ha considerado que el principio de dignidad humana, junto con el mandato del artículo 39.2 de la Constitución española, excluye una regulación legislativa que impida al marido, en ciertas circunstancias, impugnar e investigar la paternidad, STC 273/2005 FJ 7, STC 138/2005, FJ 4.

<sup>436</sup> STC 236/2007, FJ 3, en relación con la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. El Tribunal establece que el legislador se halla limitado en la regulación de derechos a los extranjeros, debiendo atribuirles todos aquéllos que resulten de su condición de persona. Véase JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo; DE LA CUEVA ALEU, Ignacio; “La dignidad humana en la jurisprudencia constitucional española”, Ponencia presentada al IX Encuentro de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal, 2007.

<sup>437</sup> BVerfGE 125, 175. Anteriormente, se había establecido la obligación del poder público de garantizar un mínimo de subsistencia, en todo momento, rechazando los pagos retroactivos (BVerfGE 5, 237), y precisando que este mínimo debía ser establecido por ley, y no sólo prestado *de facto* (BVerfGE 14, 99). La Sentencia *Hartz IV* (BVerfGE 125, 175) declara definitivamente la existencia de un derecho fundamental a un mínimo de subsistencia que deriva de los artículos 1.1 y 20.1 de la Ley Fundamental, sometiendo al legislador a un estricto control, no sobre el contenido material del derecho –para lo que la Ley Fundamental no ofrece criterios de valoración–, sino sobre el procedimiento utilizado en su determinación.

eficacia claramente positiva: el Tribunal deduce de su contenido un derecho prestacional, que comprende tanto los elementos necesarios para la existencia física como la posibilidad de mantener relaciones humanas y un mínimo de participación en la vida social, cultural y política<sup>438</sup>, obligando al legislador a la realización de una actividad concreta en la que goza de un estrecho margen de apreciación. Éste mantiene cierta libertad en la definición del contenido y la cuantía de la prestación –que dependen de su concreta apreciación de las necesidades en cada momento y del procedimiento que elija para valorarlas-, pero el Tribunal le impone su reconocimiento legal, en forma de derecho, así como ciertas garantías de coherencia en el procedimiento de cálculo de su cuantía, de acuerdo con las exigencias de transparencia, consistencia y adecuación<sup>439</sup>.

Ello muestra el desarrollo, por la jurisdicción constitucional, de nuevas técnicas de control que permiten imponer eficazmente las obligaciones positivas deducidas de los principios generales. El Tribunal adopta, en este caso, un mecanismo exhaustivo de fiscalización de la actividad legislativa, que supone la verificación, no de la cuantía concreta establecida –cuestión que pertenece a la libre determinación del Parlamento-, sino de la coherencia, fiabilidad, y seguridad del método utilizado para determinarla<sup>440</sup>. La determinación de la prestación queda, así, estrictamente encuadrada por los requisitos procesales de calidad legislativa: se intensifica, por un lado, la sujeción formal del legislador, pero se respeta, al mismo tiempo, su ámbito material de libertad, siempre que se mantenga dentro del método o procedimiento escogido<sup>441</sup>.

En otros estados, la eficacia positiva de este principio se plasma sólo en un sentido interpretativo, contribuyendo a la determinación del contenido de otras normas y a la definición del significado que sea más adecuado según la Constitución. En Francia, por

---

<sup>438</sup> La existencia física de la persona se entiende asegurada por los siguientes elementos: comida, ropa, mantenimiento del hogar, vivienda, calefacción, higiene y salud. Véase BVerfGE 125, 175 (135).

<sup>439</sup> El Tribunal establece que, si desde el punto de vista material sólo puede valorar si las prestaciones previstas son manifiestamente insuficientes en relación con el principio de dignidad humana, desde el punto de vista procedimental puede controlar la base y el método de valoración de las prestaciones por el legislador, exigiendo que se haya cubierto y descrito el objetivo de existencia con dignidad humana, que el procedimiento seleccionado sea adecuado para valorar el mínimo requerido, que se hayan apreciado completamente y correctamente los hechos necesarios, y que el legislador se haya mantenido dentro de lo justificable y dentro del procedimiento elegido y sus principios, justificando cualquier desviación sobre una base factual. Véase BVerfGE 125, 175 (141 y ss).

<sup>440</sup> Ello obliga al legislador a revelar los modelos y métodos utilizados para la determinación de la prestación, así como toda la información estadística que sirve de base a su decisión. BVerfGE 125, 175 (144).

<sup>441</sup> Ello supone, como señala EGIDY, una vía más fácil de aproximarse al control sobre la legislación social y los derechos prestacionales. Véase sobre ello EGIDY, Stefanie; “Casenote- The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the *Hartz IV* Decision of the German Federal Constitutional Court”, en *German Law Journal*, vol. 12, núm. 11, p. 1962.

ejemplo, este principio ha servido, interpretado junto a los párrafos 10 y 11 del Preámbulo de 1946 –derecho a las condiciones necesarias para el desarrollo, y derecho a la protección de la salud y seguridad material-, a la deducción del deber del legislador de garantizar la posibilidad de toda persona de disponer de una vivienda decente, considerándose éste como objetivo de valor constitucional que se desprende del texto fundamental<sup>442</sup>. El principio de dignidad contribuye, por tanto, a la interpretación y extracción de contenidos de la norma fundamental, pudiendo dar lugar a contenidos concretos para el particular.

#### *d) La eficacia del principio de igualdad*

El principio de igualdad ejerce en los ordenamientos continentales también diversos efectos, tanto en una dimensión negativa, impidiendo ciertas conductas al poder público –especialmente, a través de la interdicción de la arbitrariedad-, como en una dimensión positiva, imponiendo al legislador ciertos aspectos en su regulación. La eficacia positiva se reconoce en mayor medida que en otros principios, si bien acusa también dificultades en este ámbito: la imposición de ciertos contenidos positivos al legislador desde un órgano concebido como “legislador negativo”, llamado en su diseño inicial únicamente a la anulación de las leyes incompatibles con la Constitución, hace difícil, siquiera por la falta de mecanismos, el establecimiento de obligaciones positivas a los poderes públicos, y en especial al órgano que encarna la representación democrática de la población<sup>443</sup>.

El principio de igualdad ejerce, en todos los estados, una intensa eficacia negativa, que responde a su configuración como derecho con una mayor precisión y elaboración jurisprudencial. Su valoración como interdicción de la arbitrariedad, impidiendo al legislador adoptar decisiones irrazonables o no justificadas objetivamente, supone su consideración principalmente como límite de eficacia negativa, excluyendo las distinciones o igualaciones de supuestos o categorías que no respondan a una razón suficiente aceptada en el marco jurídico y social del momento. Las especiales características de este principio, que conecta estrechamente con la dimensión positiva de los derechos, implica que su efecto negativo lleva aparejado al mismo tiempo una obligación positiva: la consideración de una regulación como

---

<sup>442</sup> Véase la Decisión del Consejo Constitucional de 19 de enero de 1995.

<sup>443</sup> La configuración del Tribunal Constitucional por KELSEN como órgano que ejerce una función de “legislador negativo”, limitada a la casación de las leyes inconstitucionales, se adopta posteriormente en todos los estados continentales, si bien tampoco como modelo concentrado puro sino combinando también elementos de control difuso. Véase KELSEN, Hans; *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 37 y ss. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco; “Los sistemas de justicia constitucional: conformación histórica, evolución y progresiva convergencia”, en *La justicia constitucional: una visión de Derecho comparado*, Vol. I, Dykinson, Madrid, 2009, p. 45 y ss.

no conforme al principio de igualdad, por contener una distinción arbitraria, supone automáticamente la igualación de las situaciones que la ley pretendía distinguir, dando lugar por tanto a un efecto positivo derivado de la exclusión de un tratamiento jurídico.

Ello supone, en todos los estados, el control por los órganos de justicia constitucional de la eficacia negativa del principio de igualdad. El Tribunal Constitucional Federal alemán rechaza, de acuerdo con este principio, todas las distinciones efectuadas sin una justificación razonable<sup>444</sup>, o basadas, cualquiera que sea su justificación, en uno de los motivos que el texto constitucional excluye expresamente –sexo, paternidad, raza, lengua, origen, fe, u opiniones políticas o religiosas (art. 3.3 Ley Fundamental)-<sup>445</sup>, lo que obliga al legislador a justificar su decisión en atención a una “razón inherente a la naturaleza de la cosa o evidente”<sup>446</sup>. En Francia, el Consejo Constitucional sanciona asimismo las decisiones arbitrarias del legislador, aplicando un control estricto en el caso de diferenciaciones basadas en criterios expresamente prohibidos por la Constitución –origen, raza, religión, sexo (art. 1 Constitución de 1958)-, y un control más laxo en otros supuestos, por el que verifica la racionalidad de la decisión legislativa, así como la existencia de una diferencia de hecho o de una razón de interés general justificativa<sup>447</sup>.

También en España el control del principio de igualdad constituye esencialmente un control negativo, que excluye aquellas regulaciones que no cumplan con los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional –finalidad compatible con la Constitución, adecuación o congruencia al fin perseguido, y proporcionalidad<sup>448</sup>-. Si es cierto que este principio no tiene únicamente efectos negativos, pudiendo fundamentar obligaciones positivas de los poderes públicos en especial con base en los criterios materiales que aporta el artículo 9.2 de la Constitución, el control realizado por la jurisdicción constitucional es esencialmente

<sup>444</sup> Así se establece, por ejemplo, en BVerfGE 18, 38, donde el Tribunal Constitucional Federal declara inconstitucional la Ley de 23 de diciembre de 1956, de seguro de desempleo, modificada por Ley de 1 de abril de 1957, por no existir una razón suficiente que justificara la previsión de condiciones de seguro distintas para el colectivo de la marina mercante.

<sup>445</sup> El Tribunal Constitucional Federal establece, por ejemplo, que toda diferenciación realizada únicamente a causa de la pertenencia a un determinado sexo es incompatible con la Constitución (BVerfGE 2, 266).

<sup>446</sup> Así se afirma reiteradamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Véase BVerfGE 1, 14 (52); 3, 135; 1, 140; 6, 136; 10, 234.

<sup>447</sup> Véase por ejemplo, la Decisión del Consejo Constitucional de 29 de diciembre de 2009, en la que se anula el dispositivo de “taxe carbone” por considerarse desproporcionado. Estos controles podrán, además, ser aumentados con el establecimiento de la cuestión prioritaria de constitucionalidad. MÉLIN-SOUCRAMANEN, Ferdinand; “Le droit à l’égalité”, en FAVOREU, Louis; *et alter; Droit constitutionnel, op. cit.*, 2010, p. 992 y ss.

<sup>448</sup> Véanse entre otras las SSTC 49/1982, 49/1985, 76/1990, 1/2001, 39/2002, y especialmente la STC 112/2006 (FJ 5) sistematizando la doctrina de sentencias anteriores.

negativo, excluyendo aquellas regulaciones incompatibles e impidiendo, por tanto, las actuaciones más extremas, por irrazonables, del legislador.

Por otro lado, el principio de igualdad adquiere también en los diversos estados una cierta eficacia positiva. Su aplicación implica a veces obligaciones positivas que, en virtud de su condición de derecho expresamente reconocido, pueden reclamarse en vía judicial por los particulares. La eficacia positiva de este principio se produce, así, en diversos supuestos: por un lado, el principio puede exigir la inclusión en la norma de determinados colectivos, obligando a la igualación de su trato normativo; por otro lado, puede obligar a introducir en una norma una distinción entre situaciones, irrazonablemente igualadas.

Así, por ejemplo, el principio de igualdad ha dado lugar, en Alemania, a la obligación del Parlamento de equiparar a colectivos no incluidos en una norma –por ejemplo, en un caso relativo a la preferencia de los hombres en la herencia de granjas<sup>449</sup>, o a la exclusión de los hombres en la previsión de un día libre para trabajos del hogar<sup>450</sup>-, así como a la obligación del legislador de incluir ciertos contenidos en su regulación, completando el texto existente –por ejemplo, la previsión de la compartición del coste del cuidado de los hijos<sup>451</sup>, o la posibilidad de que las parejas casadas escogieran el apellido de soltera de la mujer<sup>452</sup>-. También en España el principio de igualdad ha adquirido una importante eficacia positiva: el Tribunal Constitucional ha establecido, en ciertos casos, la obligación de incluir en la regulación a colectivos anteriormente excluidos –por ejemplo, los varones en relación con la obtención de una pensión de viudedad<sup>453</sup>, o los españoles y extranjeros en relación con el derecho a ser asistido de interprete ante la justicia<sup>454</sup>-; y ha exigido en algunos casos una regulación determinada en virtud del principio de igualdad –por ejemplo, la previsión de un trato fiscal igual para los miembros de una unidad familiar y los que no lo son, o el

---

<sup>449</sup> BVerfGE 15, 337 (342 y ss).

<sup>450</sup> BVerfGE 52, 369 (373 y ss). Asimismo, se ha considerado inconstitucional una cláusula del seguro de accidentes que excluía al embrión humano de su protección (BVerfGE 45, 376 (385)); y se ha declarado inconstitucional la ausencia de ley que extendiera a los hijos naturales el derecho de sucesión abierto a los hijos legítimos (BVerfGE 25,167).

<sup>451</sup> BVerfGE 26, 265 (273).

<sup>452</sup> BVerfGE 48, 327 (337).

<sup>453</sup> SSTC 103/1983, 104/1983.

<sup>454</sup> STC 74/1987. Asimismo, se ha exigido la equiparación de las parejas en matrimonio y las parejas en convivencia marital para la subrogación en un arrendamiento *mortis causa* (STC 222/1992), se ha incluido a los hijos varones en la obtención de una pensión por situación de necesidad, anteriormente prevista sólo para las hijas (STC 3/1993), se ha establecido por ejemplo la eliminación de la prohibición del trabajo de mujeres en minas (STC 28/1992), se ha obligado a dar un tratamiento fiscal igual a los discapacitados en régimen de seguridad social y a aquéllos en régimen de clases pasivas (STC 134/1996), y se ha exigido un trato fiscal igual a los miembros de una unidad familiar y a los que no lo son (STC 45/1989).

establecimiento de la posibilidad de realizar de forma separada la declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas<sup>455</sup>-.

El principio de igualdad material tiene no obstante, en algunos estados, una interpretación más modulada. Especialmente en Francia, la jurisprudencia constitucional y la doctrina en general se han mostrado reticentes a la extracción de una eficacia positiva obligante del principio de igualdad, en particular en lo que se refiere al control de las distinciones que efectúa el legislador: si este principio exige que el legislador proporcione el mismo trato a situaciones iguales, excluyendo las distinciones arbitrarias o infundadas, éste no impone en el sistema francés la realización de distinciones de forma obligatoria, ni exige necesariamente que a situaciones distintas se apliquen reglas diversas<sup>456</sup>.

Por otra parte, el principio de igualdad actúa, en todos los estados, como norma que habilita e impulsa al legislador hacia la realización de la igualdad real, a través de distinciones normativas que se sitúan en la lógica de la discriminación positiva. Los órganos de justicia constitucional han sido generalmente abiertos ante tales regulaciones, permitiéndolas en ciertos supuestos y fijando sus condiciones de realización. En Alemania, la introducción expresa de un mandato de igualdad real en el ámbito de la igualdad de sexos (art. 3.2 Ley Fundamental) al margen de los motivos excluidos de discriminación, se ha interpretado como un precepto que refuerza la obligación del legislador, permitiendo las acciones positivas siempre que no impliquen un privilegio automático<sup>457</sup>. En Francia, la aproximación ha sido más restrictiva, si bien el Consejo Constitucional ha permitido discriminaciones positivas en áreas no sensibles –excluyendo, por ejemplo, el ámbito electoral y el ámbito penal-, e incluso en el ámbito de género tras la revisión de la propia Constitución<sup>458</sup>. También en España se ha

---

<sup>455</sup> STC 45/1989.

<sup>456</sup> Véase por ejemplo la Decisión del Consejo Constitucional de 21 de enero de 1981, *Loi relative au travail à temps partiel*. AAVV; *Rapport du Conseil d'État sur le principe d'égalité*, La documentation française, Paris, 1996, p. 88.

<sup>457</sup> El mandato de promoción de la igualdad entre sexos se introduce en 1994, a raíz de una interpretación del Tribunal Constitucional que ya reforzaba la obligación del legislador en este ámbito. El Tribunal ha admitido, por ejemplo, la percepción de una pensión de jubilación por las mujeres a una edad más temprana que los hombres, justificándolo en la necesidad de compensar por la carga que pesa sobre las mujeres que tienen un trabajo profesional y el trabajo del hogar (BVerfGE 74, 163); y ha declarado constitucional una disposición de discriminación positiva en favor de las mujeres en relación con el trabajo nocturno (BVerfGE 85, 191). Véase sobre ello, ZULEEG, Manfred; "Gender Equality and Affirmative Action under the Law of the European Union", *op. cit.*, 1999, p. 319 y ss.

<sup>458</sup> En el ámbito electoral, la igualdad se concibe en Francia como "universalismo republicano", lo que significa la consideración del pueblo como uno e indivisible, compuesto por individuos indiferenciados que son representados de manera indistinta. Por ello, el Consejo Constitucional no aceptó inicialmente el establecimiento por ley de cuotas electorales (Decisión de 18 de noviembre de 1982, *Quotas par sexe I*), introduciéndose en 1999 un nuevo párrafo en la Constitución (art. 1 párrafo segundo), que permite al legislador realizar una política de discriminación positiva en este ámbito. El Consejo Constitucional ha permitido, en cambio, discriminaciones

admitido la discriminación positiva, bajo determinadas circunstancias: el Tribunal Constitucional ha establecido que “la tutela antidiscriminatoria no sólo es compatible sino que incluso, en ocasiones, impone compensar la desigualdad de oportunidades entre los sexos mediante acción positiva”, exigiendo en todo caso que se trate de una distinción motivada, fundada en la existencia de una situación real de discriminación del colectivo, que sea proporcional y que sea también temporal, hasta la consecución de su objetivo<sup>459</sup>.

Ello muestra, no obstante, las limitaciones de la eficacia positiva de este principio, que no puede imponerse a la actuación legislativa, sino que depende en gran medida de la voluntad de los órganos reguladores –quienes deciden sobre las distinciones y, en su caso, acciones positivas a realizar-. Los Tribunales controlan, únicamente, los límites de dichas distinciones e igualaciones, impidiendo los casos de desproporción excesiva, pero no tienen más allá de ello mecanismos para exigir al legislador determinadas configuraciones –lo que depende de las opciones democráticas en cada Estado-. Es cierto que se desarrollan, en las últimas décadas, nuevos tipos de resoluciones judiciales –sentencias de interpretación conforme, sentencias apelativas, sentencias aditivas o sustitutivas, sentencias manipulativas, entre otras- que permiten a los Tribunales constitucionales sobrepasar su función negativa, entrando en una colaboración más activa con el legislador<sup>460</sup>, pero esta evolución sigue encontrando dificultades ante la especificación de las obligaciones positivas que entrañan estos preceptos, y ante el control de su aplicación por los órganos públicos, que tienen finalmente un amplio margen de apreciación.

---

positivas en otros ámbitos, por ejemplo a favor de los desempleados (Decisión de 25 de enero de 1995, *Diverses dispositions d'ordre social*) o de determinados territorios (Decision de 26 de enero de 1995, *Aménagement et développement du territoire*). Véase FATIN-ROUGE STEFANINI, Marthe; “Les ‘discriminations positives’ en matière électorale aux États Unis et en France”, en *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, núm. 23, 2008. MÉLIN-SOUCRAMANEN, Ferdinand; *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., 1997, p. 219 y ss.

<sup>459</sup> STC 128/1987.

<sup>460</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco; “La quiebra frontal de la concepción kelseniana del ‘legislador negativo’”, en *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, UNAM, México, 2004, p. 76 y ss. La función creadora de estos órganos ya había sido señalada tempranamente en Italia por la doctrina, que identificaba una acción de estímulo al legislador y una cooperación activa al *indirizzo* político. Véase JIMÉNEZ CAMPO, Javier; “Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, en AJA, Eliseo (ed.); *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, p. 186.

## **B. Los derechos sociales**

Junto a los principios generales de valor, los derechos sociales constituyen un segundo tipo normativo que, a partir de la norma constitucional, determina en un sentido material la actuación del Estado de configuración social. Si los principios generales hacen referencia a orientaciones generales que afectan al conjunto de la actuación pública, los derechos sociales, entendidos en un sentido amplio, designan aquellas normas que establecen actuaciones en un ámbito concreto, previendo fines específicos para los poderes públicos o estableciendo sus obligaciones en una determinada área de la configuración social. El reconocimiento de estas normas se produce en diversas formas en cada estado (apartado i), pero su delimitación (apartado ii) y limitación (apartado iii) plantean en todos ellos problemas similares, dando lugar a una eficacia que se produce de modo distinto a los derechos clásicos, a través de una intensa colaboración entre legislador y jurisdicción (apartado iv).

### **i. El reconocimiento de los derechos sociales y su naturaleza jurídica**

A nivel constitucional, los derechos sociales se reconocen en cada ordenamiento según diversas formas y métodos. Este reconocimiento positivo en una determinada forma entraña consecuencias concretas en cuanto a la eficacia y al contenido que se les atribuye, si bien se complementa posteriormente con un tratamiento doctrinal y jurisprudencial que matiza o modifica a menudo las elecciones constituyentes: si en algunos casos este tratamiento posterior reconoce pretensiones subjetivas allí donde no estaban establecidas, en muchos otros niega el carácter subjetivo a estos derechos, incluso allí donde el texto constitucional los reconocía como tales. El análisis del reconocimiento de estos derechos requiere, pues, tener en cuenta ambas vertientes para determinar con exactitud sus caracteres: su reconocimiento positivo (apartado a) no es siempre garantía suficiente de eficacia, ante un discurso doctrinal y jurisprudencial que ha tendido a rebajar su contenido y a matizar sus consecuencias jurídicas (apartado b).

#### ***a) Un reconocimiento positivo en diversas formas***

El reconocimiento positivo de derechos sociales en los textos constitucionales ha generado en los países continentales, de forma similar a los estados nórdicos, amplias reticencias fundadas en su específica naturaleza y caracteres. Si los derechos civiles y políticos se han considerado perfectamente adecuados a la concepción clásica de la Constitución, como norma garante de una libertad puramente negativa, los derechos sociales aparecen como entidades *a priori* extrañas a la norma fundamental, en cuanto conllevan la garantía de una libertad

positiva, que permite al individuo, no únicamente un ámbito de inmunidad o autonomía frente al poder público y los particulares, sino el ejercicio real y en iguales condiciones de sus opciones vitales<sup>461</sup>. La especial naturaleza de estos derechos, junto al tipo de obligaciones públicas que generan, ha llevado a su consideración por amplios sectores como derechos excluidos de la norma fundamental: en la medida en que, según se afirma, no pueden participar de las características normativas de los restantes derechos, su incorporación al texto fundamental carecería de fundamento y de sentido, llegando incluso a actuar en perjuicio del valor normativo de la Constitución<sup>462</sup>.

Sin embargo, en los estados continentales, estas reticencias expresadas ampliamente durante todo el siglo XIX, y plasmadas en los sucesivos fracasos que presenta la incorporación de este tipo de derechos a los diversos textos constitucionales, se modulan progresivamente a partir del período de entreguerras, aceptándose en cierta medida su reconocimiento a nivel fundamental. La democratización progresiva de las estructuras del Estado, junto con la organización de los colectivos sociales más excluidos, conducen a una situación en la que la garantía constitucional de estos derechos –por ejemplo, en la Constitución de Weimar (1919) o en la Constitución de la II República española (1931)- se acepta como elemento fundador y constituyente de los nuevos estados, surgidos precisamente de procesos de ruptura y con aspiraciones democráticas y socializadoras. Si, posteriormente, el fracaso de dichas experiencias da lugar a un período de negación total de estos postulados, el Estado que surge en la segunda posguerra incorporará nuevamente estos contenidos, ligándolos a una nueva condición de persona que se inserta en los textos constitucionales.

Es cierto que el reconocimiento de estos derechos pierde en este momento toda aspiración de socialización completa del sistema económico, y que actuará en la práctica como freno a mayores reivindicaciones, permitiendo el mantenimiento del sistema capitalista<sup>463</sup>. Pero el

---

<sup>461</sup> Sobre el concepto de libertad positiva y libertad negativa, BERLIN, Isaiah; “Two Concepts of Liberty”, en *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 1969, p. 2 y ss, quien distingue entre una libertad negativa, que permite a los hombres actuar sin interferencias de los demás, y una libertad positiva, determinada por su deseo de ser dueño de uno mismo y depender de uno mismo.

<sup>462</sup> Estos argumentos se encuentran actualmente en la doctrina de todos los países continentales. Así se refleja en BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang; “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, op. cit., 1993, p. 72 y ss. PACE, Alessandro; “Derechos de libertad y derechos sociales en el pensamiento de Piero Calamandrei”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 63, 1989, p. 35 y ss. GARRIDO FALLA, Fernando; “Artículo 9.2 CE”, op. cit., 1980, p. 165 y ss.

<sup>463</sup> En este sentido, PISARELLO PRADOS, Gerardo; *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2006, p. 28 y ss, quien destaca la inaptitud de los Estados sociales constitucionales para la garantía real de los derechos sociales, concebidos a menudo como concesiones planificadas “desde arriba”, según criterios tecnocráticos, dirigidas a reducir la compleja problemática del trabajador y del ciudadano.

establecimiento de los derechos sociales a nivel fundamental resulta, a partir de aquí, de una construcción ampliamente democrática de la Constitución, fundada en elementos consensuales que la dotan de una mayor legitimidad y que alejan la impostación “desde arriba” de concesiones sociales, así como su imposición por fuerzas revolucionarias momentáneas. El reconocimiento de estos derechos deriva, en los actuales textos constitucionales, de la obtención de un cierto apoyo de todas las fuerzas mayoritarias –ya sea por necesidad funcional al capitalismo, ya sea por convencimiento en su propia garantía-, lo que dota a estas normas de una mayor estabilidad y sentido en el texto fundamental<sup>464</sup>.

Es cierto que este apoyo político se consigue, en la práctica, a través de una cierta ambigüedad en cuanto a la formulación y a la naturaleza jurídica que adoptan los derechos sociales en los textos constitucionales. Para algunos autores, ello sería el precio pagado a cambio de su entrada en las constituciones, generándose diversos tipos de normas cuya naturaleza y efectos, por no clarificarse, quedarían en una cierta zona de indeterminación<sup>465</sup>: aparecen, así, normas que consagran derechos reconocidos como tales, pero también mandatos a los poderes públicos –en especial al legislador-, obligaciones objetivas sin un destinatario claro, o normas que prevén fines y objetivos. Sin embargo, si cada una de estas normas tiene sus concretas características, la mayor parte de constituciones –con la excepción del caso español- las establecen con las mismas garantías que otros tipos de derechos, compartiendo las características normativas de la Constitución. Ello muestra, al menos formalmente, la intención constituyente establecer estas entidades con una naturaleza similar a la de los demás derechos, dependiendo su contenido y efectos únicamente de la forma elegida en su formulación.

La incorporación de derechos sociales se produce, así, a través de diversos tipos normativos en las constituciones continentales, con una cierta conexión con la realización de la igualdad, pero con estructuras de múltiples contenidos, que dan lugar a obligaciones y facultades diversas. No existe, por ello, un concepto unitario de derechos sociales en la doctrina: para algunos autores se trata únicamente de derechos de los trabajadores, que

---

<sup>464</sup> Así sucede, por ejemplo, con la Constitución francesa de 1946, en la que el referéndum anterior a su aprobación obligó a matizar el catálogo de derechos sociales ante la falta de apoyos, estableciéndose finalmente en forma de Preámbulo. Asimismo, el catálogo de derechos de la Constitución italiana y de la Constitución española obtienen amplios apoyos entre las fuerzas políticas, incluyendo los derechos sociales.

<sup>465</sup> PISARELLO PRADOS, Gerardo; *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, op. cit., 2006, p. 29, quien considera la tesis del “carácter programático” de los derechos sociales como la respuesta dominante al desafío que suponía la presencia normativa del Estado social y sus técnicas de intervención.

aseguran ciertas condiciones o ámbitos de libertad en la esfera laboral<sup>466</sup>; para otros, se trata en esencia de derechos prestacionales, que exigen al Estado una actuación positiva de realización fáctica<sup>467</sup>; y todavía para otros, serían derechos de participación de los colectivos excluidos de los habituales mecanismos de distribución de riqueza, relacionados con la satisfacción de sus necesidades<sup>468</sup>.

En realidad, sin embargo, la superación de estas visiones parciales exige distinguir entre planos distintos: si en el plano normativo estos derechos se caracterizan por determinados elementos habituales en su reconocimiento –los sujetos titulares, el tipo de obligaciones que generan-, ello no significa que se definan exclusivamente por ellos, sino que su definición, igual que en los derechos clásicos, debe buscarse en el plano dogmático, en atención a su sentido y función en el texto constitucional y en relación con la garantía de la forma de Estado establecida. El concepto de derechos sociales viene caracterizado, así, por la función que ejercen en el sistema constitucional: su previsión a nivel fundamental, como tareas específicas en el ámbito de la configuración social, se dirige a la orientación del poder público hacia la realización de la igualdad real, a través de elementos que, debidamente establecidos y regulados, contribuyan al aumento de las condiciones que permitan el goce efectivo y real de la libertad a todos los individuos<sup>469</sup>.

---

<sup>466</sup> Esta es la visión predominante en el sistema francés, donde los derechos sociales se identifican con la cuestión laboral y el problema de las condiciones de los trabajadores, en el ámbito de la formación de un Derecho social que se opusiera al derecho individualista de la Revolución francesa. Véase DONZELOT, Jacques; *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Librairie Arthème Fayard, 1984, p. 40 y ss. EWALD, François; *L'État providence*, Éditions Grasset & Fasquelle, Paris, 1986, p. 66 y ss. BORGETTO, Michel; LAFORE, Robert; *La République sociale: contribution à l'étude de la question démocratique en France*, Paris, PUF, 2000, p. 126. También en España, MAESTRO BUELGA, Gonzalo; *La Constitución del trabajo en el Estado social*, Comares, Granada, 2002, p. 134 y ss.

<sup>467</sup> En este sentido, gran parte de la doctrina española e italiana. Véase COSSÍO DÍAZ, José Ramón; *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 44-45. PRIETO SANCHÍS, Luis; “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, p. 14 y ss. CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J.; *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 17 y ss. LUCIANI, Massimo; “Sui diritti sociali”, en ROMBOLI, Roberto (coord.); *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti Costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 80 y ss. En la doctrina alemana, BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang; “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, *op. cit.*, 1993, p. 72 y ss.

<sup>468</sup> Por ejemplo, CASCAJO CASTRO, José Luis; “Los derechos sociales, hoy”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 38, 2009, p. 36. MONEREO PÉREZ, José Luís; “La política social en el Estado del bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de ‘desmercantilización’”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19, 1995, p. 17 y ss. GURVITCH, Georges, *La déclaration des droits sociaux*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1946, p. 75 y ss. HESSE, Konrad; “Significado de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 96. BALDASSARRE, Antonio; “Diritti sociali”, en *Enciclopedia giuridica*, Vol. XI, Roma, 1989, p. 6.

<sup>469</sup> En este sentido, destacando la orientación de estos derechos a la igualdad, DE CASTRO CID, Benito; “Los derechos sociales: análisis sistemático”, en *Derechos económicos, sociales y culturales, Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho*, Universidad de Murcia, 1978, p. 18. GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel; “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 58-59, 2003-2004, p. 296 y ss. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique; “El concepto de igualdad como

Todos los derechos sociales se dirigen, pues, a la realización de condiciones de igualdad real, pero no todos son necesariamente derechos prestacionales o derechos colectivos: en unos casos se atribuye un ámbito de libertad o una esfera de facultades a los sujetos de un grupo tradicionalmente subordinado, ubicándolo así en una situación de igualdad real respecto al grupo predominante –en especial, en las relaciones laborales–; mientras que en otros el establecimiento de cierta igualdad formal (igualdad en el acceso) en ámbitos considerados clave –educación, salud, asistencia, vivienda– conduce a la realización de una mayor igualdad real (igualdad en los resultados), no asegurando directamente a cada persona aquello que desea pero sí permitiendo con mayores posibilidades de éxito el libre desarrollo de su personalidad y la realización de sus opciones vitales. La orientación del Estado a la igualdad real se completa asimismo con otros contenidos, que señalan la protección a determinados colectivos o establecen objetivos en ámbitos sociales.

Los derechos sociales pueden tener, por tanto, estructuras diversas, a las que se asignan distintas formas. En unos casos, se otorga a estas estructuras una mayor garantía subjetiva, reconociéndolas en forma de “derechos”; en otros, se proporciona a los contenidos sociales la forma de mandatos o principios objetivos. Si ello no constituye el único elemento relevante para su protección, puesto que la interpretación jurisprudencial puede posteriormente extraer contenidos o modificarlos, constituye un primer indicio del grado de garantía que tendrá el derecho, indicando su nivel de incorporación a la norma fundamental y su esencialidad respecto a la garantía del Estado social.

Así, frente a las reticencias iniciales al reconocimiento de contenidos prestacionales en forma de derechos, y frente a la creencia en su reducida presencia a nivel fundamental, las constituciones continentales muestran el reconocimiento como derechos tanto de estructuras de libertad como de estructuras de igualdad de acceso a prestaciones. En cuanto a las primeras, las normas fundamentales contienen un elevado número de derechos de libertad, por ejemplo en el ámbito laboral –libertad sindical<sup>470</sup>, derecho a la huelga y a la adopción de otras

---

fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 1, 1981, p. 275. LUCIANI, Massimo; “Sui diritti sociali”, *op. cit.*, 1994, p. 80 y ss. Destacando su funcionalidad a la igualdad pero ligada a la libertad, LAPORTA, Francisco J.; “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en JERÓNIMO BETEGÓN, ELIAS DÍAZ, et alter (coords.); *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 306. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derechos económicos, sociales y culturales, Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho*, Universidad de Murcia, 1978, p. 68. BALDASSARRE, Antonio; “Diritti sociali”, *op. cit.*, 1989, p. 6 y ss.

<sup>470</sup> Véanse el artículo 9.3 de la Constitución alemana, el párrafo 6 del Preámbulo francés de 1946, el artículo 39 de la Constitución italiana, y el artículo 28.1 de la Constitución española.

medidas de conflicto colectivo<sup>471</sup>, derecho a la negociación colectiva<sup>472</sup>, y derecho a colaborar o participar en la gestión de la empresa<sup>473</sup>; y también en otros ámbitos –por ejemplo, el derecho de los padres a educar libremente a los hijos<sup>474</sup>, el derecho también de los padres a la elección sobre la educación religiosa de los hijos<sup>475</sup>, la libertad de enseñanza<sup>476</sup>, o el derecho o libertad de establecimiento de escuelas privadas<sup>477</sup>.

En cuanto a las segundas, también las constituciones continentales, a excepción de la alemana, han reconocido como derechos estructuras prestacionales de igualdad (igualdad en el acceso): se establecen en todos los textos, si bien con formulaciones distintas, el derecho al trabajo y a ciertas condiciones laborales<sup>478</sup>, el derecho a la protección de la salud<sup>479</sup>, y el derecho a la educación y formación<sup>480</sup>; y de modo más fragmentado, sólo en algunos de ellos, el derecho a la asistencia social<sup>481</sup>, el derecho de acceso a la cultura<sup>482</sup>, el derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado<sup>483</sup>, y el derecho a una vivienda digna y adecuada<sup>484</sup>.

---

<sup>471</sup> Véanse el párrafo 7 del Preámbulo francés de 1946, el artículo 40 de la Constitución italiana, y los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución española.

<sup>472</sup> Véanse el párrafo 8 del Preámbulo francés de 1946, el artículo 39.4 de la Constitución italiana, y el artículo 37.1 de la Constitución española.

<sup>473</sup> Véanse el párrafo 8 del Preámbulo francés de 1946 y el artículo 46 de la Constitución italiana. En la Constitución española, ello se prevé como un mandato de promoción de los poderes públicos (art. 129.2).

<sup>474</sup> Véanse el artículo 6.2 de la Constitución alemana y el artículo 30 de la Constitución italiana.

<sup>475</sup> Véanse el artículo 7.2 de la Constitución alemana y el artículo 27.3 de la Constitución española.

<sup>476</sup> Véanse el artículo 33 de la Constitución italiana y el artículo 27.1 de la Constitución española.

<sup>477</sup> Véanse el artículo 7.4 de la Constitución alemana, el artículo 33 de la Constitución italiana, y el artículo 27.6 de la Constitución española.

<sup>478</sup> Véanse el párrafo 5 del Preámbulo francés de 1946, el artículo 4 de la Constitución italiana y el artículo 35 de la Constitución española.

<sup>479</sup> Véanse el párrafo 11 del Preámbulo francés de 1946, el artículo 32 de la Constitución italiana y, con menores garantías, el artículo 43 de la Constitución española.

<sup>480</sup> El párrafo 13 del Preámbulo francés de 1946 establece el igual acceso del menor y del adulto a la instrucción, a la formación profesional y a la cultura, la Constitución italiana establece el derecho de las personas sin medios a alcanzar los grados más altos de enseñanza, a través de becas y subsidios (art. 34), y el derecho de los incapacitados y minusválidos a la educación y a la formación profesional (art. 38.3); y la Constitución española establece el derecho de todos a la educación (art. 27.1).

<sup>481</sup> El párrafo 13 del Preámbulo francés de 1946 establece el derecho a obtener de la colectividad medios convenientes de existencia (párrafo 11), y la Constitución italiana establece el derecho al mantenimiento y a la asistencia social de todo ciudadano incapaz de trabajar y desprovisto de los medios necesarios para vivir (art. 38.1).

<sup>482</sup> Véase el artículo 44.1 de la Constitución española.

<sup>483</sup> Véase el artículo 45.1 de la Constitución española.

<sup>484</sup> Véase el artículo 47.1 de la Constitución española. Asimismo, adquieren reconocimiento como derechos, en Alemania, la protección y cuidado de la madre (art. 6.4 Ley Fundamental), y en Italia la protección de determinadas condiciones laborales reguladas de forma detallada: el derecho a una remuneración suficiente y proporcionada (art. 36.1), el derecho al descanso semanal y a las vacaciones anuales pagadas (art. 36.3), los derechos laborales iguales para la mujer y para los menores (art. 37), y el derecho a la previsión de medios

En cambio, otros contenidos aparecen en las constituciones continentales habitualmente establecidos como mandatos a los poderes públicos –en especial al legislador–, o bien como obligaciones generales sin identificar un destinatario concreto. Su cualificación como tales responde, en esencia, a sus caracteres normativos, en cuanto establecen una obligación de realizar determinadas actividades –bien sea de regulación de determinadas esferas materiales, o de creación de instituciones específicas–, con distintos grados de concreción en cuanto a los medios y presupuestos de su realización, pero sin una concreta facultad exigible directamente por el individuo<sup>485</sup>. Si en unos estados estos enunciados se han considerado mandatos constitucionales, siguiendo su concepción como mandatos de optimización<sup>486</sup>, en otros sistemas se han considerado simplemente obligaciones públicas o principios, que determinan también la configuración social de forma objetiva<sup>487</sup>.

### ***b) Una relativización de su reconocimiento positivo***

El reconocimiento explícito en una determinada forma de los derechos sociales se ha revelado, en la práctica, poco significativo en cuanto a la determinación de su naturaleza jurídica. Más allá de la concreta forma jurídica que adoptan estos contenidos, la doctrina y la jurisprudencia han valorado estas entidades independientemente de su enunciado positivo,

---

proporcionados a sus necesidades en caso de accidente, enfermedad, invalidez y ancianidad o desempleo involuntario (art. 38.2). También en la Constitución española, de forma mucho más somera, se establece el derecho a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades individuales y las de la familia (art. 35).

<sup>485</sup> Se establecen generalmente en forma de mandatos o principios, por un lado, ciertas estructuras de protección de determinados colectivos, y por otro, algunos objetivos concretos en determinados ámbitos. En el primer apartado, aparece por ejemplo la protección del matrimonio y de la familia (art. 6.1 Constitución alemana y art. 39.1 Constitución española), así como de la maternidad (art. 31 Constitución italiana), la infancia y la juventud (art. 6.2 Constitución alemana, arts. 30, 31 y 37.3 Constitución italiana, y arts. 39 y 48 Constitución española), los disminuidos físicos (art. 49 Constitución española), las personas de la tercera edad (art. 50 Constitución española), y los consumidores y usuarios (art. 51 Constitución española). En el apartado de los objetivos para ámbitos determinados, aparecen objetivos relativos a la organización y supervisión del sistema educativo y de formación profesional (arts. 7.1 y 7.3 de la Constitución alemana, párrafo 13 Preámbulo francés de 1946, y arts. 34 y 35 Constitución italiana); objetivos relativos a la promoción de ciertas actividades, como la ciencia, la cultura y la investigación (art. 9 Constitución italiana y art. 44 Constitución española) o la educación sanitaria, la educación física y el deporte (art. 43.3 Constitución española); objetivos relativos a la protección del trabajo (arts. 4, 35, 36 y 37.2 Constitución italiana y arts. 40.2 y 129 Constitución española); objetivos relativos a aspectos de política económica (art. 47 Constitución italiana y art. 40.1 Constitución española), y obligaciones relativas a la realización de determinados derechos de igualdad en el acceso a prestaciones (arts. 41, 43.2, 47.1 Constitución española).

<sup>486</sup> ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., 1993, p. 86 y ss. Para el autor, en realidad, todos los derechos fundamentales son al mismo tiempo mandatos de optimización, que deben ser realizados en la mayor medida posible, escapando a la lógica de un cumplimiento o incumplimiento total.

<sup>487</sup> En Francia, especialmente, la noción de mandato constitucional no tiene una elaboración propia, sino que estos preceptos se consideran principios u obligaciones objetivas para los poderes públicos. FAVOREU, Louis; *et alter; Droit constitutionnel*, op. cit., 2010, p. 217 y ss.

extrayendo, algunas veces, pretensiones individuales de un enunciado principal o de mandato, y rebajando, en otros casos, la naturaleza y efectos de enunciados de derechos.

En la doctrina, la consideración acerca de la naturaleza de los derechos sociales ha sufrido, de forma sistemática, el embate de importantes sectores que han negado de modo general, en base a sus supuestas características normativas, la condición de derechos a dichos contenidos. Ya en el período de Weimar, la defensa por SCHMITT de la normatividad de los derechos reconocidos en la Constitución, vinculando también al legislador, llevó a la distinción entre derechos fundamentales y las denominadas “garantías institucionales” o “garantías de instituto”<sup>488</sup>, diferenciando por su contenido diversos tipos de disposiciones constitucionales: si los derechos fundamentales eran considerados como derechos pre-estatales absolutos e ilimitados, incluyendo sólo los ámbitos de libertad del hombre aislado o en sociedad, las garantías institucionales implicaban instituciones objetivas limitadas en esencia, y existentes sólo dentro de lo delimitado jurídicamente por el Estado<sup>489</sup>.

Para el propio autor, los derechos sociales quedaban, junto con los derechos de participación, privados de la condición de derechos fundamentales, y considerados también como algo distinto a las garantías institucionales. El carácter limitado por definición de estos derechos, existentes según él únicamente en el marco jurídico determinado por el Estado y en las condiciones establecidas por las leyes, les confirió una naturaleza relativa, que los alejó tanto del esquema absoluto e ilimitado de los derechos pre-estatales como de las garantías institucionales: éstos representaban entidades enteramente dependientes respecto al Estado, que podía mediante ley disponerlos o suprimirlos, por lo que no participaban, según se consideraba, ni siquiera de una garantía normativa como instituciones objetivas, quedando privados, a pesar de su reconocimiento explícito, de toda normatividad y naturaleza constitucional<sup>490</sup>.

---

<sup>488</sup> Véase SCHMITT, Carl; *Teoría de la Constitución, op. cit.*, 1982, p. 174 y ss. El autor, designa con las “garantías de instituto” a instituciones del Derecho privado, como el matrimonio, la familia o la propiedad; y con las “garantías institucionales” a instituciones de Derecho público, como la autonomía local, la función pública o la libertad de enseñanza. Véase CRUZ VILLALÓN, Pedro; “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, p. 58 y ss.

<sup>489</sup> SCHMITT, Carl; *Teoría de la Constitución, op. cit.*, 1982, p. 171 y ss. Según el autor, las garantías institucionales no constituyen derechos fundamentales, ni siquiera en los casos en que implican derechos. Se trata de instituciones que quedan garantizadas por la Constitución, y que no pueden ser suprimidas en vía legislativa ordinaria, pero que no se basan en la idea de libertad ilimitada sino en su reconocimiento por el Estado, circunscritas y delimitadas al servicio de fines y tareas determinadas.

<sup>490</sup> SCHMITT, Carl; *Teoría de la Constitución, op. cit.*, 1982, p. 174 y ss. De hecho, a pesar de la distinción inicial entre derechos fundamentales y garantías institucionales, posteriormente se ha puesto de relieve la conexión entre ambos, especialmente en cuanto a la formación de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, que aparece como institución asegurada en la Constitución. Sobre ello, BAÑO LEÓN, José María; “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, en

La exclusión de los derechos sociales respecto al concepto de derechos fundamentales, vinculantes para el legislador, respondía así a una específica concepción axiológica que se basaba en una menor conexión con respecto a la libertad del individuo. Si los derechos fundamentales se concebían como entidades pre-estatales, derivadas ya fuera de una concepción iusnaturalista o de la noción positivista de “derecho subjetivo”, y portadoras, por tanto, de un contenido de libertad defensiva que se imponía al Estado<sup>491</sup>, los derechos sociales quedaban forzosamente excluidos de tal categoría, aceptándose como tales únicamente aquéllos que suponían el reconocimiento de ciertos ámbitos de libertad o de poder – especialmente, en las relaciones laborales-. Pero ello entrañaba decisiones de valor implícitas, que basaban la fundamentalidad de los derechos, y por tanto su verdadera naturaleza constitucional, en el *ser* del individuo, y no en el *deber ser* de la norma constitucional: su fundamentalidad aparecía, así, desvinculada del Derecho positivo, y ligada únicamente a la valoración axiológica de aquello que, por esencial al ser humano, se consideraba previo o dado al Estado y con aptitud, por tanto, para imponérsele normativamente<sup>492</sup>.

La doctrina posterior sobre los derechos fundamentales, que distingue sobre esta base entre derechos de libertad y derechos sociales, descansa, así, en una división fundada ideológicamente, que penetra desde su origen en el propio concepto de Constitución: si la normatividad de la ley fundamental, vinculando plenamente al legislador, se produce únicamente en aquellos contenidos considerados previos al Estado, y si éstos son sólo aquéllos relacionados con un concepto de libertad defensiva o negativa, la propia noción de Constitución quedará limitada a la garantía de esta libertad, como único elemento que, por su naturaleza, podía adquirir una normatividad superior. La lucha por una Constitución basada, no en la autolimitación del Estado, sino en el reconocimiento de ciertos contenidos, llevará a

---

*Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, p. 169 y ss, quien destaca la imposibilidad de distinguir actualmente entre garantías institucionales y derechos fundamentales, entrelazándose ambos conceptos en todos los derechos.

<sup>491</sup> El concepto de derecho subjetivo, construido sobre las posiciones fundamentales que JELLINEK identifica en el *status* del individuo, implica en esencia únicamente a los derechos de libertad y en cierta medida de participación, reduciéndose el denominado “*status* positivo” del individuo a su capacidad jurídica para ejercer pretensiones de su actividad y medios para su realización. Véase JELLINEK, Georg; *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Società Editrice Libreria, Milano, 1912, p. 46 y ss. Sin embargo, no cabe identificar exclusivamente la función clásica de los derechos como derechos defensivos: originalmente, esta función estuvo presente únicamente en Norte-América, mientras que en los estados europeos la necesidad de construcción de un nuevo orden social y político les confirió un carácter de principios inspiradores objetivos, adquiriendo sólo posteriormente una función defensiva. Sobre ello, GRIMM, Dieter; “¿Retorno a la comprensión liberal de los derechos fundamentales?”, en *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, *op. cit.*, 2006, p. 158 y ss.

<sup>492</sup> Sobre ello, BASTIDA FREIJEDO, Francisco José; “Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”, en ALEXY, Robert; *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 105 y ss, quien identifica esta concepción como la propia del Estado liberal.

la identificación de la normatividad con contenidos pre-estatales, circunscribiéndolos a elementos de libertad negativa que el Estado no crea o regula sino que únicamente debe respetar.

La garantía de la Constitución se construirá, paralelamente, sobre esta misma concepción. El sistema de justicia constitucional, establecido progresivamente en los diversos estados continentales a lo largo del siglo XX, se concibe así, siguiendo la construcción de KELSEN, como un sistema defensivo en el que el órgano de control constitucional constituye un “legislador negativo”<sup>493</sup>, con facultades para sancionar las intromisiones públicas excesivas, pero carente de mecanismos para asegurar la normatividad de otros contenidos. La particular posición de este órgano respecto a los demás poderes, y en especial su delicada relación con el legislador, llevarán a un sistema de control que, caracterizado por la necesaria prudencia y contención de estos Tribunales, la identificará con la exclusiva garantía negativa de los derechos y libertades, hallando mayores dificultades para asegurar, a través de sus facultades esencialmente negativas, obligaciones y derechos de carácter positivo.

En este marco, los derechos sociales quedarán inevitablemente excluidos, durante un largo período, de la garantía constitucional y de su consideración, a pesar de su reconocimiento formal en las constituciones, como derechos de naturaleza jurídica fundamental. En Alemania, donde estos derechos tienen un reducido reconocimiento, la doctrina alegará su peculiar estructura normativa, que exige la actuación positiva del Estado, como elemento que impide su exigencia en forma de pretensiones individuales<sup>494</sup>, y que conlleva su consideración como entidades distintas a los derechos fundamentales, puesto que no pueden gozar de la nota definidora de la eficacia directa<sup>495</sup>. Además, su garantía constitucional se apreciará incompatible con las formas del Estado de Derecho, lo que conducirá a su consideración como derechos propios del ámbito administrativo, excluidos de los rasgos normativos de la norma fundamental<sup>496</sup>. También en Italia la inclusión en la Constitución de 1947 de derechos

---

<sup>493</sup> Véase KELSEN, Hans; *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, *op. cit.*, 1995, p. 37 y ss.

<sup>494</sup> Véase BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang; “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, *op. cit.*, 1993, p. 73 y ss. Para el autor, estos derechos tienen no obstante significado jurídico como mandatos constitucionales, que establecen deberes jurídicos objetivos a los poderes públicos, concretando el mandato general del Estado social.

<sup>495</sup> En este sentido, HESSE, Konrad; “Significado de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, 2001, p. 98 y ss. El autor considera que los derechos sociales sólo pueden tener eficacia una vez desarrollados por ley, siendo la garantía constitucional una garantía amparadora de derechos adquiridos.

<sup>496</sup> Véase FORSTHOFF, Ernst; *Tratado de Derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 104 y ss. Para el autor, el cambio que se produce en las relaciones del Estado con el orden social se produce, no en el Derecho constitucional, sino en el Derecho administrativo, quedando la Administración establecida como sujeto principal al que corresponde la prestación relativa a los derechos sociales.

sociales hallará una oposición importante, que llevará a la doctrina jurídica a considerarlos como normas programáticas, carentes de naturaleza jurídico-constitucional: su contenido distinto respecto a los derechos de libertad, que plantea al Estado exigencias prácticas para su satisfacción, dará lugar a su cualificación como programas políticos o, a lo sumo, como normas de eficacia diferida, privadas no obstante de la naturaleza y garantías de otros derechos<sup>497</sup>.

En Francia, si la problemática de los derechos sociales no es inicialmente distinta a la de los demás derechos –ligada a los problemas de la Constitución para afirmar la normatividad de sus contenidos materiales–, la inclusión de estos derechos como parte de su contenido normativo ha sido también matizada por la doctrina: en la medida en que estas disposiciones no pueden ser satisfechas sin la aplicación de un aparato destinado a responder a las exigencias de los particulares<sup>498</sup>, éstas se han considerado como el marco general para la actividad legislativa, designando cierto programa político, pero no encerrando un derecho subjetivo exigible inmediatamente<sup>499</sup>. Las mismas consideraciones han sido repetidas en España: si es cierto que la Constitución opta en este caso por una garantía condicionada de ciertos derechos sociales –atribuyéndoles sólo una eficacia mediata frente a la jurisdicción ordinaria (art. 53.3)–, y limita el término “derechos fundamentales” a la Sección I del Capítulo II del Título I, ello ha supuesto en la doctrina la negación general del carácter de derechos constitucionales a estas disposiciones, argumentándose no únicamente en base a estas características, sino también a su indefinición como enunciados constitucionales<sup>500</sup>.

Los argumentos doctrinales que matizan la naturaleza de estos derechos se apoyan, así, en consideraciones de carácter técnico, identificando en los derechos sociales particularidades de estructura, contenido y formulación que impiden supuestamente su participación de la fuerza

---

<sup>497</sup> En este sentido, CALAMANDREI, Piero; *La Costituzione e le leggi per attuarla*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 25 y ss. Véase asimismo PACE, Alessandro; “Derechos de libertad y derechos sociales en el pensamiento de Piero Calamandrei”, *op. cit.*, 1989, p. 54 y ss, quien destaca la preocupación del autor en el proceso constituyente por la claridad de la Constitución, protegiéndola del descrédito que podían generar posteriormente las disposiciones sociales. CRISAFULLI, Vezzio; “Le norme programmatiche della Costituzione”, en *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Giuffrè, Milano, 1952.

<sup>498</sup> En este sentido, RIVERO, Jean; *Les libertés publiques*, PUF, Paris, 1995, p. 21 y ss.

<sup>499</sup> Véase BURDEAU, Georges; *Les libertés publiques*, L.G.D.J., Paris, 1961, p. 22 y ss.

<sup>500</sup> PORRAS RAMÍREZ, José María; “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional”, en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco; *Derecho Constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 665 y ss, para quien los derechos sociales tienen una estructura normativa abierta, que los caracteriza como un programa constitucional *prima facie*, a concretar posteriormente por el legislador. En un sentido similar, LÓPEZ PINA, Antonio; “Capítulo III: De los principios rectores de la política social y económica”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (dir.); *Comentarios a la Constitución española de 1978*, *op. cit.*, 1996-1999, p. 28 y ss, quien concibe los principios rectores como la vertiente objetiva de los derechos fundamentales del Título I.

normativa de la Constitución. Pero ello ocurre, como se dijo, en un marco que lleva implícita una construcción determinada de la norma fundamental, fundada en una priorización axiológica de los derechos y en una concepción defensiva de los mismos como entidades pre-estatales: es así la propia concepción de la Constitución y sus garantías lo que, de forma deliberada, no se adecúa a la garantía de los derechos sociales, y no los derechos sociales los que tengan defectos o imperfecciones que impidan su naturaleza constitucional.

Es cierto que, posteriormente, esta concepción tiende a matizarse y que ello se produce, especialmente, por obra de ciertos avances doctrinales e incluso de los propios Tribunales constitucionales. La evolución de la doctrina alemana hacia una teoría de los derechos fundamentales como valores, que ejercen en el Estado una función de integración de los individuos, pone en evidencia la existencia en todos ellos de un contenido objetivo que, más allá de la pretensión subjetiva reconocida, entraña una dimensión institucional que obliga al poder público a las actuaciones pertinentes para su satisfacción<sup>501</sup>. La aceptación progresivamente por el Tribunal Constitucional Federal de dicha concepción de los derechos, reflejada en diversas de sus sentencias<sup>502</sup>, matizará su carácter estrictamente defensivo, admitiendo y elaborando su estatuto como entidades que generan un efecto irradiador hacia todo el ordenamiento, y que pueden generar obligaciones diversas: éstas pueden, por un lado, obligar a la adaptación normativa de determinadas ramas del ordenamiento; e implican, por otro lado, mandatos de actuación y deberes de protección que el Tribunal admite y concreta en distintos niveles<sup>503</sup>.

---

<sup>501</sup> Esta evolución, basada originalmente en el pensamiento de SMEND sobre los derechos fundamentales como factores objetivos de integración de la Constitución, y expresión de un determinado sistema cultural y axiológico, halla su impulso principal, tras la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn, en los escritos de DÜRIG, quien defiende el principio de dignidad humana (art. 1.1 Ley Fundamental) como norma con efecto de irradiación hacia las demás normas del ordenamiento. Otros autores, como HESSE extenderán este efecto a otros derechos fundamentales, considerándolos como principios supremos del ordenamiento influyentes en todo el Derecho y portadores de una obligación positiva de llevar a cabo todo lo que sirva a su realización. Véase BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang; "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental", *op. cit.*, 1993, p. 112 y ss. HESSE, Konrad; *Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha*, *op. cit.*, 1998, p. 239 y ss.

<sup>502</sup> En especial, la conocida Sentencia *Lüth* (BVerfGE 7,198) establece que, si los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano contra el Estado, éstos incorporan también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del Derecho, obligando a la adaptación del Derecho civil y vinculando a todos los poderes del Estado. Paralelamente, el Tribunal afirma la naturaleza objetiva de cada uno de los derechos fundamentales, considerando que el precepto que establece la protección estatal del matrimonio y de la familia (art. 6.1 Ley Fundamental) no es sólo un derecho fundamental clásico sino una norma de principio, como decisión axiológica vinculante para todo el ámbito del Derecho público y privado (BVerfGE 6, 55).

<sup>503</sup> Su establecimiento parece variar en función del derecho al que hace referencia el deber de protección. En el Sentencia sobre la interrupción del embarazo (BVerfGE 39, 1) el Tribunal apreció el deber de protección por completo, considerando a la vida humana como un valor supremo. En otros casos, no obstante, el Tribunal establece diferencias según el significado de los bienes jurídicos afectados, la proximidad y la dimensión de los

De forma paralela, también en otros estados se modula la concepción de los derechos fundamentales como derechos estrictamente negativos, dando entrada a contenidos positivos que se descubren en su propio enunciado. Si en Francia, el Consejo Constitucional afirma por ejemplo el carácter objetivo de la libertad de expresión, que asegura no únicamente una pretensión individual sino también la garantía del pluralismo y la existencia de medios diversos de comunicación<sup>504</sup>; en Italia, donde la concepción de los derechos constitucionales como valores no ha tenido una aceptación tan amplia, la Corte Constitucional ha ahondado en los efectos positivos de los derechos fundamentales<sup>505</sup>. También en España se halla aceptado el carácter mixto de todos los derechos, que implican obligaciones de diversos tipos<sup>506</sup>: el Tribunal Constitucional ha reconocido su carácter de componentes estructurales básicos del ordenamiento en tanto que expresión jurídica de un sistema de valores<sup>507</sup>, y ha deducido de ellos, en numerosos casos, obligaciones de carácter positivo para los poderes públicos<sup>508</sup>. Al mismo tiempo, la doctrina y la jurisprudencia han destacado en todos los estados el carácter mixto de los derechos sociales, que implican no únicamente obligaciones positivas sino también a menudo un contenido defensivo<sup>509</sup>.

---

posibles peligros. Véase BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang; “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, *op. cit.*, 1993, p. 116.

<sup>504</sup> Véase por ejemplo la Decisión de 10 y 11 de octubre de 1984, *Entreprises de presse*.

<sup>505</sup> Véase BALDASSARRE, Antonio; “Constitución y teoría de los valores”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 32, 1994, p. 31 y ss, quien expone las reticencias de la doctrina italiana, tradicionalmente formalista, a la aceptación de la importancia de los valores en el texto constitucional.

<sup>506</sup> Véase por ejemplo APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel; “Sobre la estructura formal de los derechos constitucionales en la Constitución española”, en APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel (coord.); *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos, Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico, 20 a 22 de octubre de 1999*, Cedecs, Barcelona, 2001, p. 43 y ss. GAVARA DE CARA, Juan Carlos; “La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, p. 277 y ss. JIMÉNEZ CAMPO, Javier; *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 45 y ss.

<sup>507</sup> El Tribunal Constitucional ha establecido expresamente que “los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste” (STC 53/1985, FJ 4), y que “de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan” (STC 53/1985, FJ 4).

<sup>508</sup> Así, por ejemplo, el derecho a la vida comprende la obligación del Estado de establecer un sistema legal para su defensa que suponga una protección efectiva (STC 53/1985, FJ 7); el derecho de libertad implica la garantía de la asistencia letrada al detenido (STC 196/1987, FJ 4); el derecho de libertad religiosa implica el establecimiento por el Estado de prestaciones como la asistencia religiosa en los establecimientos públicos (art. 2.3 Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad religiosa); y la libertad de expresión implica el derecho de acceso a los medios de comunicación públicos de los grupos sociales y políticos significativos (STC 6/1981, FJ 3).

<sup>509</sup> En especial la Corte Constitucional italiana ha establecido el derecho a la salud como un derecho fundamental del individuo, primario y absoluto, y plenamente eficaz en las relaciones entre particulares, protegiendo la posición subjetiva del individuo (Sentencia nº88 de 12 de julio de 1979, FJ 2). Asimismo, el Consejo

El abandono de la construcción puramente defensiva de los derechos fundamentales, y la aceptación del carácter mixto de todos los derechos, supone una transformación que afecta al propio concepto de fundamentalidad de los derechos. La introducción en todos los estados del principio democrático, y la adopción de las constituciones como normas de consenso, suponen la pérdida de un contenido pre-estatal que deba garantizarse, por lo que los derechos adquirirán naturaleza fundamental únicamente por su positivación: será su propio reconocimiento en la norma constitucional, de acuerdo con las características que se les atribuyan, lo que determinará la fundamentalidad de los derechos, en función de su participación en la supremacía de la que goza la Constitución<sup>510</sup>, que no quedará circunscrita a los contenidos de libertad negativa sino ampliada a todos los elementos que, en virtud del acuerdo adoptado en el momento constituyente, se quieran dotar de ella.

Ello no implicará, sin embargo, una equiparación completa y definitiva entre derechos sociales –constitucionalmente reconocidos- y los demás derechos civiles y políticos. Se afirma, en virtud de esta concepción, el carácter jurídico y normativo de todos los derechos, excluyendo la existencia de normas programáticas, pero la participación de los distintos derechos en la supremacía constitucional se modulará en atención a sus características, distinguiéndose entre diversos elementos: si, por un lado, la fuerza normativa activa y pasiva de la que gozan las normas constitucionales se considera atribuida a todos los derechos, en tanto que normas objetivas que impiden la aprobación de leyes contrarias y que gozan, por tanto de fuerza derogatoria; los efectos de aplicación directa y eficacia inmediata, que estos derechos pueden generar en las relaciones subjetivas, se consideran más difícilmente atribuibles a los derechos sociales, en razón de sus supuestos caracteres de amplitud e indefinición.

La distinción entre derechos se traslada, de este modo, al propio texto constitucional, refiriéndola, no ya a su naturaleza constitucional y fuerza normativa –admitida actualmente por todos los sectores-, sino al alcance de esta supremacía normativa, en especial en relación

---

Constitucional francés acoge una concepción del derecho a la salud que parece ir en esta dirección: este derecho es invocado en su sentido defensivo en las Decisiones de 15 de enero de 1975, y de 27 de junio de 2001, *Interruption volontaire de grossesse*; así como en la Decisión de 2 de julio de 1994, *Bioéthique*. El Tribunal Constitucional español no se ha pronunciado al respecto, pero la doctrina admite una faceta negativa del derecho a la salud, que obligue al Estado a no perjudicarla. Véase TAJADURA TEJADA, Idoia; “La protección de la salud (art. 43 CE)”, en TAJADURA TEJADA, Javier (dir.); *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, p. 224.

<sup>510</sup> En este sentido, BASTIDA FREIJEDO, Francisco José; “Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”, *op. cit.*, 2009, p. 112 y ss.

con su eficacia concreta<sup>511</sup>. La ausencia de una modificación formal de calado en la garantía de la norma constitucional, basada en mecanismos de sanción negativa, contribuye a agravar el problema: si es cierto que los Tribunales constitucionales han desarrollado, en la práctica, ciertos mecanismos que les permiten llevar más allá sus funciones tradicionales<sup>512</sup>, la falta de formalización de este cambio lo hace depender de la voluntad de estos órganos, quedando a menudo la incorporación de los derechos sociales a las constituciones como una revolución incompleta. Su reconocimiento constituye, en la mayor parte de casos, una promesa vacía, al no preverse instrumentos formales que permitan asegurar su contenido en vía subjetiva y al ser los Tribunales relativamente imprecisos en su garantía objetiva.

Es cierto que, en algunos casos, se ha adoptado un camino contrario a la modulación de estos contenidos, reconociendo derechos no directamente positivizados en base a otras disposiciones de principio sí incluidas en el texto constitucional. Así ha ocurrido, por ejemplo, con el derecho a un mínimo vital de subsistencia, que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha deducido del principio de dignidad humana (art. 1.1 Ley Fundamental) en conexión con el principio de Estado social (art. 20.1 Ley Fundamental), estableciendo una pretensión subjetiva de los individuos a una prestación<sup>513</sup>. Asimismo, se ha reconocido a través del principio de igualdad el derecho de acceso a prestaciones ya existentes<sup>514</sup>, o bien se han reconocido derechos sociales a través de la declaración de vulneración de otros derechos, como el derecho de propiedad o el derecho a un proceso debido<sup>515</sup>. Por otra parte, ciertos derechos sociales de más nueva generación, como el derecho a una vivienda, han sido

---

<sup>511</sup> En algunas constituciones, como la española, ello llegará a establecerse positivamente en la norma fundamental, previéndose condiciones de eficacia y garantías distintas según el tipo de derechos y atenuándose en concreto la eficacia ante la jurisdicción ordinaria de los contenidos reconocidos en el Capítulo III del Título I (art. 53.3).

<sup>512</sup> Véase en este sentido, BREWER-CARÍAS, Allan R.; *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, Cambridge University Press, New York, 2011, p. 31 y ss.

<sup>513</sup> Véase especialmente la Sentencia *Hartz IV* (BVerfGE 125, 175), y la jurisprudencia citada *supra* en la nota 437.

<sup>514</sup> En Alemania, la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal *numerus clausus* (BVerfGE 33, 303) reconoció, en base al derecho a la libre elección de lugar de formación (art. 12.1 Ley Fundamental) en conexión con el principio de igualdad (art. 3.1 Ley Fundamental), el derecho a obtener una plaza en una universidad, aunque sólo dentro de las posibilidades existentes.

<sup>515</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera protegidos ciertos derechos sociales a través del derecho a la propiedad (art. 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). El derecho al proceso debido es la vía utilizada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos para la protección de ciertos contenidos sociales. En Italia, el derecho al medio ambiente deriva de una interpretación sistemática de las reglas sobre la protección de la salud (art. 32 Constitución italiana) y del entorno (art. 9 Constitución italiana), según la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencias 210/1984, 641/1987).

deducidos en ciertos ordenamientos en conexión con otros derechos sociales ya reconocidos expresamente<sup>516</sup>.

Ello relativiza la importancia del reconocimiento expreso de estos derechos en las constituciones, y pone en duda la utilidad de la categoría de derecho subjetivo para la garantía de condiciones sociales. Puesto que, si estas condiciones pueden ser en los casos más graves aseguradas a través de derechos o principios conexos, y si además el reconocimiento expreso de estos derechos no asegura el despliegue de toda su virtualidad, no es fácil ver qué añaden exactamente las declaraciones de derechos en esta materia, pudiendo su función ser realizada por otras vías.

Ello depende, sin embargo, de la interpretación y efectos que se dé a estas disposiciones en cada estado. El reconocimiento de estas condiciones como derechos constituye, en esencia, la opción elegida por los países continentales, pero no se trata del único modo posible de protección de estos contenidos, ni tampoco del único modo de hacerlo a través de la Constitución. Si el reconocimiento expreso de derechos sociales contribuye a una mayor seguridad jurídica, limitando en cierta medida el papel creativo de los Tribunales, su utilidad queda seriamente cuestionada cuando no se acompañan de las garantías y vías de eficacia suficientes. En este caso, nada excluye la utilización por los Tribunales de otras vías de reconocimiento a través de derechos y principios conexos, siendo éstas incluso aconsejables en todos los derechos sociales: el reconocimiento subjetivo de estos derechos puede requerir, por su específica naturaleza, de otros métodos que no limiten su eficacia al derecho individual estricto, sino que permitan su consideración en un contexto más amplio, en relación con otros principios e intereses.

## **ii. El contenido de los derechos sociales**

El reconocimiento positivo de los derechos sociales en los textos constitucionales, y la subsiguiente aceptación de su naturaleza normativa-constitucional, plantean el problema de la delimitación del contenido garantizado en la Constitución, y su concreción por el legislador democrático. Si la positivación de estos preceptos a nivel fundamental implica, como en otros derechos, su delimitación por el propio texto según la forma de su reconocimiento, la interpretación de su contenido entraña dificultades y tiene particularidades (apartado a), a

---

<sup>516</sup> Es el caso del ordenamiento italiano, donde el derecho a la vivienda se deduce por la Corte Constitucional del conjunto del edificio constitucional y en particular del principio de dignidad humana y de igualdad (por ejemplo, Sentencia 49/1987). Asimismo, en el sistema francés el Consejo Constitucional establece la vivienda como un objetivo de valor constitucional que se deduce del principio de dignidad humana (Decisión de 29 de mayo de 1990, *Droit au logement*).

pesar de que ha sido realizada con notable precisión por los Tribunales constitucionales (apartado b).

**a) *Una delimitación realizada con particularidades y dificultades***

Las particularidades en la delimitación y concreción de los derechos sociales nacen de su propia heterogeneidad normativa, que implica diferencias según su forma de reconocimiento y el tipo de estructura que impliquen. En los derechos que impliquen estructuras de libertad, el traslado de las categorías dogmáticas de los derechos clásicos –delimitación, restricción- no hallará grandes dificultades, habiendo surgido éstas como categorías de defensa de un ámbito de libertad. Por el contrario, la aplicación de estos conceptos a los derechos de actuaciones positivas, ya sean de regulación o de prestación fáctica, generará una mayor problemática, por cuanto no se trata aquí de fijar los límites implícitos o explícitos de un ámbito de libertad ya existente, sino de construir de forma positiva este ámbito a partir del contenido prescrito en la norma fundamental.

La delimitación de los mismos implicará, en base al precepto constitucional, la determinación del haz de facultades y posibilidades de actuación que se reconocen a su titular, así como de las obligaciones que implican para los poderes públicos<sup>517</sup>. Pero esta delimitación tendrá, en los derechos que impliquen actuaciones positivas, características propias, puesto que requerirá, no únicamente establecer aquellos ámbitos que resulten excluidos de la protección del derecho, definiendo los contornos del ámbito de libertad garantizado, sino concretar asimismo el contenido de los elementos que queden incluidos –que no son por sí mismos evidentes-, y que deberán ir según su configuración positiva más allá del reconocimiento de una mera facultad o ámbito de libertad.

En estos derechos, pues, la delimitación del contenido adquirirá una menor importancia hacia afuera, en relación con aquellos elementos que no se protegen, y una mayor relevancia hacia adentro, en la determinación de las facultades concretas que comprenden: en la medida en que el objeto protegido es un ámbito de prestación o de igualdad en el acceso a un determinado bien, lo relevante no es tanto en qué formas se excluye el derecho –que en realidad no existirá sino en las formas reconocidas-, sino qué facultades concretas otorga y qué obligaciones supone para los poderes públicos. En otras palabras, no existe aquí el problema de determinar qué actuaciones de la vida real no estarán protegidas por el ámbito del derecho: si en los derechos clásicos pueden darse situaciones de aparente ejercicio de los

---

<sup>517</sup> Sobre la vinculación del legislador en la delimitación de los derechos, MEDINA GUERRERO, Manuel; *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, op. cit., 1996, p. 15 y ss.

mismos que no quedan cubiertas por ellos<sup>518</sup>; los derechos a actuaciones positivas, al requerir para ser ejercitados de una organización pública previa, sólo existirán en la práctica en el marco de aquello organizado, situándose la problemática en determinar si esta organización se corresponde o no con lo exigido por la Constitución.

Así, la delimitación de estos derechos queda, como también sucede en la faceta prestacional de los demás derechos fundamentales, conectada estrechamente con su concreción legislativa. Si en los derechos clásicos la delimitación del Tribunal constitucional, realizada en base a la interpretación del precepto, produce una mayor vinculación al legislador en la vertiente subjetiva –donde éste se limita a concretar las facultades que se desprenden de la Constitución, sin capacidad creativa-, y una vinculación de menor intensidad en su vertiente objetiva –donde el legislador puede escoger entre distintas medidas de realización de lo prescrito<sup>519</sup>; en los derechos sociales esta mayor libertad del legislador parece trasladarse a todo su contenido, puesto que la facultad subjetiva que otorgan consiste precisamente en exigir los elementos que derivan de su vertiente objetiva –el acceso a un servicio o prestación, o la existencia de una determinada regulación<sup>520</sup>.

Así, las dificultades de interpretación que se hallaban en la vertiente objetiva de los derechos clásicos parecen trasladarse a todo el contenido de los derechos sociales. La existencia de múltiples alternativas de realización, que no imponen por tanto una única actuación<sup>521</sup>, dificulta la determinación de aquellas actividades que se insertan en el contenido constitucionalmente protegido del derecho, y que obligarían al legislador a una simple concreción sin posibilidades creativas<sup>522</sup>. Se trata, en realidad, de la misma dificultad que se

---

<sup>518</sup> Por ejemplo, en el ordenamiento español, la realización de un discurso xenófobo en relación con la libertad de expresión, o la convocatoria de una reunión o manifestación con armas.

<sup>519</sup> En este sentido, MEDINA GUERRERO, Manuel; *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, op. cit., 1996, p. 27 y ss, para quien la vinculación del legislador es más fuerte en la vertiente subjetiva del derecho que en su vertiente objetiva en los derechos de libertad.

<sup>520</sup> Es cierto que algunos de estos derechos tienen precisamente modulada su condición de derechos subjetivos por expresa determinación constitucional (art. 53.3 Constitución española, art. 18.1 Constitución portuguesa). Pero, como se verá, estos derechos no pierden totalmente su carácter subjetivo, pudiendo ser alegados directamente ante la Administración y ante instituciones de control administrativo, así como ante la jurisdicción cuando sean desarrollados por ley.

<sup>521</sup> La estructura alternativa de estos derechos deriva de su propio carácter positivo. Si cuando existe una prohibición de destruir o perjudicar algo están prohibidos todos los actos de destrucción o perjuicio, cuando hay un mandato de proteger o apoyar algo no se exigen todos los actos que lo hagan, sino sólo uno de ellos mientras sea eficaz para realizarlo. En los derechos de defensa, la acción anticonstitucional del estado tiene un equivalente definitivo, que es la omisión de esa acción anticonstitucional; en cambio, en los derechos a actuaciones positivas no hay un único equivalente, sino tantos como actuaciones alternativas existan. Sobre todo ello, ALEXY, Robert; *Derechos sociales y ponderación*, op. cit., 2009, p. 55 y ss.

<sup>522</sup> Piénsese en las diversas actuaciones que puede requerir el derecho a la vivienda, que pueden ir desde la regulación del suelo con determinadas garantías, la previsión de programas de construcción de vivienda social, o

presenta en los demás derechos para delimitar su vertiente positiva, si bien con la diferencia de que en los derechos sociales ello constituye propiamente el núcleo del derecho subjetivo –a pesar de que implican, asimismo, ciertas facultades de defensa-.

La dificultad en la delimitación de estos derechos viene dada, por tanto, por su particular forma de reconocimiento, estableciendo una estructura alternativa –como también lo hacen, se insiste, los demás derechos en su vertiente objetiva-. Ello no implica, sin embargo, que el contenido positivo de estas disposiciones se halle completamente indeterminado ni que el legislador tenga un total grado de libertad en su configuración. Al contrario, sucede que, en los contenidos positivos, la forma de determinación constitucional es distinta a la de los contenidos de libertad, lo que exige operaciones diversas para su delimitación y concreción: por un lado, porque el propio bien jurídico a realizar no coincide con la conducta requerida, que no es una única y puede adquirir múltiples aspectos; pero por otro lado, también porque probablemente su realización no requiere sólo una actuación, sino diversas, de modo que será necesario coordinar las varias actividades y políticas exigidas para su satisfacción.

Es cierto que nada impide, en realidad, una regulación distinta, que determine expresamente las obligaciones que entraña el derecho<sup>523</sup> o que prevea un contenido preciso, deduciéndose implícitamente las obligaciones que comporta –piénsese, por ejemplo en el derecho a la educación-<sup>524</sup>. Las posibilidades de concreción que la Constitución deje al legislador derivan de las propias decisiones tomadas en el momento constituyente, y no de la imposibilidad de prever estos contenidos de forma detallada: si es cierto que la norma fundamental no puede establecer una ordenación de totalidad del orden estatal y social, son precisamente los derechos constitucionales los elementos que, como aspectos que generan el acuerdo entre todas las fuerzas políticas, se sustraen al debate político, pudiendo quedar establecidos así como excepciones al proceso democrático<sup>525</sup>.

Sin embargo, el reconocimiento de los derechos sociales se produce habitualmente, al menos en los estados de la Europa continental, en una forma relativamente indeterminada,

---

de programas de fomento del alquiler, a la revisión de la legislación en materia de desahucio o a las regulaciones hipotecarias. Véase PISARELLO PRADOS, Gerardo; “El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 38, 2009, p. 43 y ss.

<sup>523</sup> Véase el Título III de la Constitución de Portugal, que detalla con notable precisión en cada derecho las múltiples obligaciones que como mínimo requiere su realización. Asimismo, ciertas constituciones suramericanas detallan específicamente en su texto las obligaciones y elementos sociales que vinculan al legislador.

<sup>524</sup> El derecho a la educación supone, en todos los estados, un derecho de acceso gratuito y en igualdad como mínimo a cierto nivel de enseñanza básica, lo que requiere como mínimo la organización de un sistema escolar que satisfaga este y otros criterios establecidos.

<sup>525</sup> HESSE, Konrad; “Concepto y cualidad de la Constitución”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 45 y ss.

que no señala todas las actividades exigibles para su realización sino que establece únicamente el bien final garantizado, dejando a los operadores jurídicos la concreción y elección de las actividades específicas. Si ello no puede considerarse una entrega al vacío al legislador democrático -¿qué sentido tendría entonces su reconocimiento fundamental?-, el intérprete constitucional halla serias dificultades para determinar las obligaciones concretas que entraña cada derecho, ante la incorporación al texto constitucional de conceptos a los que no se encuentra habituado, y que no tienen en la sociedad, a pesar de su inicial reconocimiento consensual, un significado acordado generalizado.

Por ello, la delimitación en los derechos sociales positivos requerirá, a diferencia de otros contenidos, una estrecha colaboración entre el Juez constitucional y el legislador. Ante la particularidad que presentan estos derechos –especialmente, por su estructura alternativa-, la Constitución prevé habitualmente sólo un contenido definido en su principio –estableciendo el bien o fin a realizar-, de modo que corresponde al legislador su concreción, de acuerdo con la prefiguración constitucional<sup>526</sup>. Éste deberá determinar las concretas facultades que comprende el derecho, estableciendo la organización y procedimiento de las diversas prestaciones y definiendo, por tanto, los contornos de su contenido, pero no tendrá, en dicho proceso, un margen de maniobra absoluto, sino que el Tribunal constitucional encuadrará la determinación realizada a nivel legislativo, considerando su compatibilidad con el contenido constitucional en base a su interpretación de la prefiguración que contiene la norma fundamental<sup>527</sup>.

La determinación del contenido del derecho se realiza, así, en una actividad de diálogo entre legislador y jurisdicción: si aquél concreta y pone en marcha los elementos reguladores y administrativos que requiere la realización del derecho, según su interpretación constitucional y de acuerdo con el programa político que desee realizar, el órgano jurisdiccional verifica que dicha actividad sea suficiente para la satisfacción del derecho, indicando los desarrollos necesarios y rechazando, en cambio, aquéllos que considere incompatibles con el contenido primariamente definido en la Constitución. Ello no implica, en ningún caso, una renuncia a la delimitación constitucional del derecho, ni supone privar al

---

<sup>526</sup> En la expresión de CRUZ VILLALÓN, el constituyente “prefigura” y el legislador “configura” los derechos. Véase CRUZ VILLALÓN, Pedro; “El legislador de los derechos fundamentales”, en LÓPEZ PINA, Antonio (ed.); *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, p. 134.

<sup>527</sup> Esto no impide, como se verá, la eficacia subjetiva de los derechos sociales. Es cierto que la determinación de su contenido debe realizarse en forma concreta por el legislador, pero su contenido prefigurado a nivel fundamental podrá reclamarse también en vía subjetiva, en caso de ausencia de desarrollo legislativo. Véase sobre la eficacia de los derechos sociales *infra* en este Capítulo Sección II.B.v.

Tribunal constitucional de su función de intérprete supremo de la Constitución. Al contrario, supone atribuir a la jurisdicción constitucional mayores facilidades en la interpretación de estos derechos, permitiendo una delimitación realizada, no en abstracto, sobre la base únicamente de un precepto constitucional, sino en concreto, sobre una particular opción que haya tomado el legislador.

Es cierto que, en esta perspectiva, parece que el derecho no tenga un contenido propio que se derive sin intermediación de la Constitución. Este contenido existe, sin embargo, y puede ser extraído por el Tribunal constitucional como en otros derechos. Pero se trata nuevamente de un contenido que indica un bien final a realizar –la protección de la salud, la prestación de educación básica gratuita, el acceso a medios de subsistencia-, y que puede ser satisfecho por múltiples conductas, de forma que, si el Tribunal puede establecer la prestación concreta a la que debe tener acceso el individuo, lo hará sobre la base de aquello que ha sido desarrollado previamente por el legislador –estableciendo el acceso a un determinado servicio o prestación existente-, o bien, si no se trata de algo ya previsto, corresponderá al legislador o a los demás poderes públicos la elección de la forma en que realicen la prestación. La definición del contenido sigue requiriendo, por tanto, de una colaboración entre ambas instancias, incluso en aquellos elementos que derivan directamente de la Constitución.

Esta particular forma de delimitación no debe verse, no obstante, como un proceso que impida a los derechos sociales positivos alcanzar una plena entidad constitucional. Al contrario, su reconocimiento a nivel fundamental implica la entrada de estos contenidos en la lógica de una delimitación dialogada, en la que su prefiguración constitucional, de acuerdo con la interpretación que realice el Tribunal constitucional, actúa como encuadre y como marco para la actividad legislativa de concreción. Se trata, en este sentido, de una apertura de la norma fundamental hacia contenidos que no exigen únicamente una abstención, y que se produce en realidad en todos los derechos: en la medida en que los nuevos contenidos se incorporen al texto constitucional en una forma finalista –con una estructura alternativa más o menos concreta-, su delimitación debe dar una cierta entrada al legislador, admitiendo la expresión de las distintas opciones democráticas que existen para el desarrollo del contenido que apunta la Constitución.

Ello no se debe sin embargo, como se ha argumentado, a la imposibilidad del Tribunal constitucional de entrar en la determinación de contenidos que pertenezcan al ámbito de lo político. Desde su reconocimiento constitucional, estos elementos pierden precisamente este carácter y se insertan, por una decisión constituyente, en el ámbito de lo jurídico, habilitando

al Tribunal a interpretarlos y a extraer de ellos los contenidos que encierran<sup>528</sup>. Pero es cierto que, dentro de este ámbito de lo jurídico, la situación del intérprete constitucional no es la misma ante todos los contenidos: si es evidente que un cierto grado de indefinición es inherente a todos ellos –piénsese tanto en los conceptos de “honor” y “vida digna” como en las nociones de “salud” o “vivienda digna”–, los instrumentos que tiene el Tribunal para extraer su significado varían en los distintos tipos de derechos, en función de sus propias posibilidades de comprensión de la norma constitucional.

Así, si como señala HESSE en los derechos de libertad el intérprete tiene, habitualmente, una “pre-comprensión” jurídica que, situada en un determinado momento histórico, ha conformado sus hábitos mentales, condicionando sus conocimientos y sus pre-juicios, y le permite una aproximación a la norma con un cierto entendimiento de su significado<sup>529</sup>; en los derechos sociales positivos esta “pre-comprensión” se halla mucho más limitada, sencillamente porque no existe en la cultura jurídica de estos estados una larga tradición interpretativa, que haya podido decantar los diversos conceptos jurídicos que contienen, o que haya llegado, a través de su elaboración doctrinal, a un acuerdo generalizado sobre el contenido y forma que debería dárseles.

El intérprete se halla, por tanto, en este campo ante un terreno inexplorado, que debe afrontar sin un cuerpo de principios y reglas claras de interpretación, no hallando a menudo recursos útiles ni en su propia formación jurídica ni en el concepto socialmente aceptado de la norma. Y en ello radica probablemente la particularidad en la delimitación de los derechos sociales: porque aunque hayan sido derechos largamente reivindicados y ensayados en algunas experiencias constitucionales anteriores, su relativamente reciente entrada en el discurso constitucional europeo, como elementos consensuados en el proceso constituyente, se ha revelado posteriormente cargada de desacuerdos, tanto a nivel jurídico como social, dificultando la determinación de aquello que resulta irrenunciable para una sociedad y que, por tanto, debe considerarse inscrito en el propio precepto constitucional.

Las posibilidades de delimitación de los derechos sociales positivos desde la Constitución parecen ir ligadas, así, al propio consenso y aceptación que genere el contenido del derecho en

---

<sup>528</sup> Aun así, es cierto que la idea de separación entre la jurisdicción constitucional y el legislador condiciona la actividad de los Tribunales constitucionales, dotándolos en este ámbito de una especial contención que no tienen en otros, y dejando al legislador un mayor margen de apreciación.

<sup>529</sup> HESSE, Konrad; “La interpretación constitucional”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 64, quien subraya la insuficiencia de los métodos clásicos de interpretación para la Constitución y el carácter creativo de la interpretación constitucional. En un sentido similar, ALONSO GARCÍA, Enrique; *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 89 y ss.

la cultura de una sociedad: ello constituirá y formará, junto con otros elementos, la pre-comprensión que el intérprete podrá utilizar para su delimitación, estableciendo aquel contenido que, en cada derecho, deba considerarse situado fuera del debate político –piénsese, por ejemplo, en el derecho a la educación, cuya larga elaboración en los estados europeos, estableciéndose a nivel legislativo desde una etapa muy temprana, ha permitido ya el establecimiento constitucional del único derecho social positivo que se acepta con un contenido concreto en todas las constituciones-. De ello se desprende, en definitiva, la necesidad de que los Tribunales emprendan el camino de delimitación de estos derechos, extrayendo los contenidos que se imponen al legislador y que, según su concepción actual, deban comprenderse en el objeto o bien final a realizar<sup>530</sup>.

***b) Una delimitación realizada por los Tribunales constitucionales***

Los Tribunales constitucionales han desarrollado una tarea de extracción y determinación importante de los derechos sociales, estableciendo aquellas obligaciones y facultades que derivan de cada uno de ellos. Si es cierto que esto ha sido más sencillo en los derechos que establecen estructuras de libertad, también en los derechos a actuaciones positivas se ha producido la delimitación de un contenido determinado, que se exige desde la Constitución al legislador. Este proceso de delimitación requiere, no obstante, que el precepto contenga una obligación de realización acabada para el poder público: ésta puede implicar comportamientos de diversa naturaleza, pero debe hallarse definida con cierto grado de precisión en el texto constitucional, imponiendo una actuación determinada a los poderes públicos.

La existencia de este contenido en el precepto constitucional no puede considerarse determinada, no obstante, por las garantías previstas. Algunas constituciones incluyen entre las garantías de ciertos derechos la referencia al respeto de su “contenido esencial” (art. 19.2 Ley Fundamental alemana, art. 53.1 Constitución española, art. 18.3 Constitución portuguesa), pero esta referencia opera únicamente frente a su limitación, y no excluye que otras disposiciones puedan tener también un contenido constitucional. Tampoco la previsión de una mayor o menor garantía subjetiva determina la existencia de este contenido: la atribución a ciertos derechos de vías específicas de reclamación, y la exclusión de otros de

---

<sup>530</sup> Véase ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian; *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, p. 131 y ss, quienes destacan la necesidad de poner en práctica y desarrollar esquemas interpretativos para los derechos sociales, no desarrollados hasta el momento. Como ejemplo de un Tribunal que ha iniciado este camino, puede citarse la Corte Constitucional italiana en relación con el derecho a la salud (art. 32), del que ha deducido un contenido constitucionalmente protegido que comprende tanto el derecho a la integridad psíco-física, como el derecho al tratamiento sanitario y el derecho a la salubridad del medio ambiente, determinando las obligaciones que implican (véanse por ejemplo las sentencias 432/2005, 233/2003)

estas garantías –piénsese, por ejemplo, en el artículo 53.3 de la Constitución española-, no influye en la previsión constitucional de un contenido que se halla en el propio texto, sino que determina únicamente, en relación con la delimitación, las menores posibilidades de referir al Juez su interpretación en el caso concreto<sup>531</sup>.

Por ello, la existencia de este contenido establecido en la norma fundamental dependerá, en esencia, del propio precepto constitucional, sin que pueda excluirse en ninguno de ellos *a priori*. La simple presencia en el precepto de una obligación determinada, cuyo aseguramiento se imponga al poder público, implicará la existencia de un “algo” que la Constitución quiere garantizar, obligando al poder público, en especial al intérprete constitucional, a buscar la determinación de dicho contenido y a precisar sus características según lo previsto a nivel fundamental. No es por tanto la garantía subjetiva de cada precepto lo que determina la existencia de un contenido constitucional, sino su propia formulación objetiva en la norma fundamental, con capacidad para precisar mínimamente aquello que quiere asegurar. Y ello porque, en una concepción no meramente defensiva, el contenido del derecho no es únicamente aquel atribuido directamente a sus titulares, sino el que se impone en diversas formas al legislador en su realización, ya sea a través de una garantía subjetiva, o de la garantía objetiva contenida en su propio reconocimiento constitucional. Así se ha entendido, de hecho, en los estados en que no existe una previsión expresa de garantías normativas, donde la imposición del contenido de un derecho al legislador depende de su concreción y precisión en el propio texto constitucional<sup>532</sup>.

Este contenido puede establecerse en el precepto constitucional tanto como una facultad individual –“todos tienen derecho a la educación” (art. 27.1 Constitución española), “todo ciudadano (...) tendrá derecho al mantenimiento y a la asistencia social” (art. 38.1

---

<sup>531</sup> En el ordenamiento español, donde la Constitución modula expresamente la garantía subjetiva de los preceptos del Capítulo III del Título y los excluye *a contrario* de la garantía del contenido esencial (arts 53.3 y 53.1), ello se ha interpretado como indicio de la falta de un contenido garantizado por estas disposiciones. Sin embargo, este contenido existe en la norma fundamental recogido en el propio precepto, a pesar de que tenga menores garantías frente a su restricción y de que se ofrezcan menores posibilidades a su determinación por los órganos jurisdiccionales. Véase en la posición tradicional GARRIDO FALLA, Francisco; “El art. 53 de la Constitución”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 21, 1979, p. 177 y ss. PORRAS RAMÍREZ, José María; “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional”, *op. cit.*, 2004, p. 664.

<sup>532</sup> En el ordenamiento francés, por ejemplo, la existencia de un contenido constitucional se considera ligada a la precisión del precepto constitucional, considerándose actualmente que todos los preceptos del Preámbulo de 1946 son suficientemente precisos y pueden por tanto generar efectos para el legislador. Sobre la distinción inicial entre diversos tipos de preceptos en el Preámbulo de 1946, PELLOUX, Robert; “Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, 1947, p. 346 y ss. VEDEL, Georges; RIVERO, Jean; “Les principes économiques et sociaux de la constitution: le Préambule”, *Droit social*, vol. XXI, 1947, p. 20.

Constitución italiana), “todo ser humano (...) tiene el derecho de obtener de la colectividad medios convenientes de existencia” (párrafo 11 Preámbulo francés de 1946), “toda madre tiene derecho a la protección y cuidado de la comunidad” (art. 6.4 Constitución alemana)-; como también en forma de obligación pública –“la República protegerá la salud como derecho”, (art. 32.1 Constitución italiana), “la nación asegura a todos (...) la protección de la salud, la seguridad material” (párrafo 11 Preámbulo francés de 1946), “los poderes públicos mantendrán un régimen de Seguridad Social para todos los ciudadanos”, (art. 50 Constitución española), “la legislación deberá asegurar a los hijos extramatrimoniales las mismas condiciones que a los hijos nacidos dentro del matrimonio (...)” (art. 6.5 Constitución alemana)-<sup>533</sup>. Ambas formulaciones suponen obligaciones de realización, que establecen un contenido preciso, con determinadas características protegidas constitucionalmente ante el legislador.

No se halla, en cambio, una obligación de realización completa de “algo” en otras disposiciones que hacen referencia únicamente a la promoción o fomento de determinados bienes o actividades –“(la República) cuidará la formación y la promoción profesional de los trabajadores” (art. 35.2 Constitución italiana)<sup>534</sup>, “los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa (...)” (art. 40.1 Constitución española)<sup>535</sup>, “corresponde al

<sup>533</sup> También en la Constitución de Portugal se observan ambos tipos de formulaciones, si bien se combinan habitualmente ambas en el mismo derecho, reconociendo primero la facultad y luego las obligaciones que implica: piénsese, por ejemplo, en los enunciados “se garantiza la libertad de aprender y de enseñar” (art. 43.1) y “se hará efectivo el derecho a la protección de la salud por la creación de un servicio nacional de sanidad” (art. 64.2), o “todos tendrán derecho al trabajo” (art. 51.1), “se reconoce a los trabajadores la libertad sindical” (art. 57), y “todos tendrán derecho a la seguridad social” (art. 63.1).

<sup>534</sup> Se hallan muy pocos enunciados de estas características en la Constitución italiana: junto al mencionado, sólo el artículo 35.3 establece la promoción y favorecimiento de acuerdos internacionales sobre derechos del trabajo, el artículo 47.1 establece el estímulo del ahorro en todas sus formas, y el artículo 47.2 establece el favorecimiento del acceso del ahorro popular a la propiedad de la vivienda. Por su parte, la Constitución francesa no establece en el Preámbulo de 1946 ninguna disposición de este tipo, y sólo la Carta del medio ambiente de 2004, incorporada a la Constitución, prevé la promoción de un desarrollo sostenible (art. 6). La Constitución alemana tampoco establece ninguna disposición de este tipo.

<sup>535</sup> Junto a estos preceptos, la Constitución española contiene asimismo mandatos de promoción, fomento y estímulo en diversas materias: en relación con la formación y readaptación profesionales, la seguridad e higiene en el trabajo, y determinados aspectos de la relación laboral (art. 40.2); en los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero (art. 42), en la educación sanitaria, la educación física y el deporte, así como la adecuada utilización del ocio (art. 43.3), en la cultura y la ciencia e investigación científica y técnica (art. 44), en el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46), en las condiciones para la participación de la juventud (art. 48), en relación con los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49), y en la información y educación de los consumidores y usuarios así como el fomento de sus organizaciones (art. 51.2). Otros preceptos hacen referencia también a la promoción, pero concretan las obligaciones que implica: por ejemplo, la actividad de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales obliga al establecimiento por ley de sanciones penales o administrativas, y la obligación de reparar el daño (art. 45.2 y 45.3); la promoción de las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho a la vivienda implica establecer las normas pertinentes y regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general (art. 47), y la promoción del

Estado (...) estimular y apoyar las iniciativas de las comunidades locales y de la población tendentes a resolver los respectivos problemas de vivienda y fomentar la autoconstrucción y la creación de cooperativas de vivienda” (art. 65.2.b Constitución portuguesa)<sup>536</sup>-. En estos casos, el tipo de obligación que se impone al legislador –con términos como promover, fomentar, impulsar o velar- indica una dinámica o dirección al poder público, que deberá adoptar medidas adecuadas, pero no la realización completa de un bien que quede asegurado de forma cerrada en la Constitución.

No es pues la indefinición del bien u objeto a realizar lo que excluye en estas normas un contenido constitucionalmente garantizado –que es siempre relativamente vago-, sino la indeterminación de la obligación que establecen para los poderes públicos, que no precisa un nivel de realización obligatorio –una obligación de resultado- sino sólo un deber de realizar en la mayor medida posible el bien prescrito –una obligación de medios-<sup>537</sup>. Si es cierto que ello vincula asimismo al legislador, obligándolo a actuar en la dirección establecida, no puede decirse que la Constitución le imponga un contenido que éste deba concretar como ocurre con los demás derechos, por lo que, estando orientado en determinada dirección, tendrá una mayor libertad para articular las medidas que considere adecuadas –su actividad constituirá, no desarrollo o concreción de derechos, sino articulación jurídica de determinadas políticas-.

En las demás disposiciones, no obstante, la determinación del contenido constitucional será posible desde la Constitución, y ha sido interpretado de hecho por los diversos órganos de justicia constitucional, extrayendo obligaciones de diversos tipos. En Francia, ha sido el Consejo Constitucional, a partir de sus decisiones de los años setenta, quien ha ido confirmando el contenido normativo de dichas disposiciones, en un proceso paralelo a su equiparación con otros derechos: por un lado, se han identificado en todos los derechos fundamentales obligaciones de concreción y de desarrollo legislativo, que imponen al

---

bienestar de las personas de la tercera edad obliga a la creación de un sistema de servicios sociales que atiendan sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio (art. 50).

<sup>536</sup> La Constitución de Portugal contiene algunos preceptos similares, pero no se establecen de forma aislada sino como actividades que se imponen al Estado para la garantía de un determinado derecho, cuyo contenido sí queda garantizado por la Constitución. Por ejemplo, la ejecución de una política de pleno empleo (art. 52), la creación de condiciones que garanticen la protección de la infancia, la juventud y la ancianidad (art. 64.2), la orientación del Estado a la socialización de la medicina (art. 64.3.c), la realización de una política de vivienda, el estímulo de la construcción privada (art. 65.2), la adopción de una política tendente a establecer un sistema de alquiler determinado (art. 65.3), la promoción de la independencia económica y social de la unidad familiar (art. 67.a), entre otros.

<sup>537</sup> En la doctrina española, sobre la necesidad de distinguir entre las disposiciones que establecen un mandato al legislador y aquellas que únicamente lo habilitan en una determinada dirección, estableciendo así el contenido mínimo del Estado social que prescribe la Constitución, ARAGÓN REYES, Manuel; “Constitución española: economía de mercado y Estado social”, en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (ed.); *El principio de igualdad*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 114 y ss.

legislador comportamientos positivos<sup>538</sup>; por otro lado, se han establecido en los derechos sociales obligaciones positivas de prestaciones materiales –por ejemplo, en el derecho a las condiciones necesarias para el desarrollo del individuo y la familia (párrafo 10 Preámbulo de 1946)<sup>539</sup>, en el derecho a la protección de la seguridad material y a obtener los medios convenientes de existencia (párrafo 11 Preámbulo de 1946)<sup>540</sup>, y en el derecho a la instrucción (párrafo 13 Preámbulo de 1946)<sup>541</sup>-, y se han reconocido, con una menor intensidad, habilitaciones para aplicar políticas públicas que promocionen determinados bienes en base a su reconocimiento constitucional<sup>542</sup>.

En Italia, también la Corte Constitucional ha encabezado una nueva valoración de las disposiciones de derechos sociales, rompiendo con la distinción doctrinal entre normas programáticas y normas con eficacia jurídica<sup>543</sup>. La Corte ha deducido, de cada uno de los

<sup>538</sup> El Consejo Constitucional ha establecido por ejemplo que la libertad de expresión (art. 11 Declaración de 1789) implica la obligación del legislador de garantizar su ejercicio efectivo, asegurando la existencia de un número suficiente de publicaciones y tendencias de caracteres diferentes (Decisión de 10 y 11 de octubre de 1984, *Entreprises de presse*). Asimismo, ha reconocido que el derecho de asilo implica la obligación de desarrollo legislativo, que asegure al extranjero la posibilidad de permanecer en el territorio hasta que se resuelva su situación (Decisión de 13 de agosto de 1993, *Maîtrise de l'immigration*).

<sup>539</sup> Este derecho implica, en materia de prestaciones de familia, una obligación de no condicionar su percepción a un nivel de recursos familiar que sea demasiado bajo para satisfacerlo. El Consejo rechaza que exista un principio general sobre el universalismo de estas prestaciones sociales, considerando que el legislador puede organizarlas de diversos modos, pero exige para su efectividad la garantía de no excluir a la mayor parte de familias estableciendo un límite de recursos demasiado reducido (Decisión de 18 de diciembre de 1997, *Allocations familiales*). Véase GAY, Laurence; *Les 'droits-créances' constitutionnels*, thèse, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 282 y ss.

<sup>540</sup> Este derecho implica en materia de seguridad social una disposición que permite controlar la actividad del legislador, imponiéndole obligaciones. El Consejo Constitucional ha considerado por ejemplo que la creación de un régimen de seguridad social para la cobertura de los no asalariados agrícolas satisface las prescripciones del párrafo 11 del Preámbulo de 1946 (Decisión de 27 de noviembre de 2001). Asimismo, ha controlado la constitucionalidad de la regulación de planes de pensiones facultativos, considerándola conforme en la medida en que no modifica los derechos y obligaciones resultantes del régimen general de pensiones de jubilación de seguridad social (Decisión de 20 de marzo de 1997, *Fonds de pension*). También la regulación de la asistencia social se examina en relación con este derecho.

<sup>541</sup> Según el Consejo Constitucional, este precepto obliga a una exigencia de igualdad en el acceso a un servicio público constitucional, de modo que si permite modalidades particulares de acceso a ciertas escuelas o institutos, lo hace sólo siempre que descansen sobre criterios objetivos que garanticen esta igualdad (Decisión de 11 de julio de 2001). Sin embargo, la garantía de este derecho se halla ampliamente asegurada por los textos y la jurisprudencia administrativa, lo que reduce la jurisprudencia constitucional en esta materia. Véase GAY, Laurence; *Les 'droits-créances' constitutionnels*, *op. cit.*, 2007, p. 304.

<sup>542</sup> En relación con la salud pública, el Consejo considera que el párrafo 11 del Preámbulo de 1946 habilita a una legislación que persiga la lucha contra el tabaquismo, y el alcoholismo prohibiendo la publicidad de estos productos (Decisión de 8 de enero de 1991, *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*). El Consejo considera habilitadas también políticas de fomento del empleo (Decisiones de 10 de junio de 1998 y de 13 de enero de 2000, *Loi sur les 35 heures I et II*), y de promoción del acceso a la vivienda, considerado un objetivo de valor constitucional ligado a la dignidad humana (Decisión de 29 de mayo de 1990, *Droit au logement*).

<sup>543</sup> La Sentencia de la Corte Constitucional italiana 1/1956 establece que todas las normas constitucionales son reglas directamente aplicables, y a pesar de que algunas de ellas se dirijan principalmente al legislador, tienen una carga preceptiva inmediata, por la cual pueden ser declaradas inconstitucionales las leyes que la restrinjan excesivamente.

preceptos constitucionales, un contenido normativo propio que el legislador no puede alterar y que implica, junto a obligaciones de abstención –por ejemplo en relación con los derechos laborales y el derecho al trabajo<sup>544</sup>; y en el derecho a la salud<sup>545</sup>-; obligaciones positivas de regulación –en especial, en los derechos a ciertas condiciones laborales y en los derechos de asistencia y seguridad social-; y obligaciones positivas de prestación –principalmente, en el derecho a la educación y el derecho a la salud<sup>546</sup>-.

Asimismo, el Tribunal Constitucional español ha extraído de los derechos sociales constitucionales contenidos concretos, estableciendo las facultades y obligaciones que incluye cada derecho. La jurisprudencia ha sido especialmente amplia en el ámbito de los derechos sociales incluidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución –derechos mayoritariamente de libertad o de regulación-: se han reconocido obligaciones de abstención, tanto en los derechos sociales de libertad –libertad de expresión, derecho a la huelga, derecho a la negociación colectiva<sup>547</sup>- como en los derechos prestacionales –derecho al trabajo, derecho a

---

<sup>544</sup> Sentencia de la Corte Constitucional italiana 45/1965, donde establece el derecho al trabajo no establece sólo un objetivo en el futuro sino que reconoce un derecho fundamental de libertad, expresado en el derecho a escoger un trabajo y ejercerlo.

<sup>545</sup> La Corte Constitucional ha reconocido que el derecho a la salud comprende el derecho a la integridad psíquico-física, no sólo referida al daño biológico sino a la integralidad de sus reflejos en todas las actividades humanas y las relaciones en que la persona se explica (Sentencia 356/1991). Asimismo, el derecho comprende la pretensión del individuo a condiciones de vida, de ambiente y de trabajo que no pongan en riesgo este bien esencial (Sentencia 218/1994).

<sup>546</sup> En relación con el derecho a la educación, se establece la obligación de garantizar la libertad de acceso al sistema educativo, exigiéndose una intervención del Estado en este sentido. En relación al derecho a la salud, la Corte Constitucional ha establecido la obligación del Estado de protección plena y exhaustiva (Sentencia 992/1988), considerando el derecho a tratamiento sanitario como parte del núcleo irrenunciable del derecho a la salud, protegido por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana (Sentencias 432/2005, 233/2003). Fuera de este núcleo, este derecho al tratamiento es garantizado como derecho constitucional condicionado a la actuación que el legislador ordinario dé a través de la ponderación entre los intereses protegidos por este derecho y otros intereses protegidos constitucionalmente, teniendo en cuenta los límites que el propio legislador encuentra en relación a los recursos organizativos y financieros de los que dispone en aquel momento (Sentencias 304/1994, 218/1994, 247/1992, 432/2005, entre otras). Asimismo, del derecho a la salud se ha deducido un derecho al medio ambiente, como situación jurídica general de bienestar que incluye el goce de un ambiente salubre (Sentencias 210/1987, 641/1987).

<sup>547</sup> El contenido esencial de la libertad sindical comprende, según el Tribunal, no sólo el derecho de los individuos a fundar sindicatos y a afiliarse a los de su elección, sino asimismo el derecho a que los sindicatos fundados realicen las funciones que de ellos cabe esperar, desempeñando el papel que les asigna el artículo 7 de la Constitución española (SSTC 70/1982, 98/1985). El derecho a la huelga comprende, según el Tribunal, ciertas facultades de libertad como la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y la decisión de darla por terminada (STC 11/1981). Asimismo, el derecho a la negociación colectiva implica una facultad de determinar a través de la negociación las condiciones laborales, integrándose en el núcleo de la libertad sindical, lo que obliga a entender que puede ser ejercida tanto por el sindicato como por el comité de empresa (STC 118/1983), pero no ha supuesto una invalidación del principio de “mayor representatividad” establecido por el Estatuto de los Trabajadores como criterio de legitimidad para la negociación colectiva (STC 4/1983).

la educación<sup>548</sup>; y se han establecido asimismo obligaciones positivas para el legislador, tanto de regulación –principalmente, en los derechos laborales<sup>549</sup>- como de prestación fáctica – esencialmente, en el derecho al trabajo y el derecho a la educación<sup>550</sup>-. Por el contrario, el Tribunal se ha mostrado especialmente reticente a la delimitación de los derechos incluidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución –derechos esencialmente prestacionales-: únicamente en el ámbito de la Seguridad Social<sup>551</sup> y del derecho al medio ambiente<sup>552</sup> ha habido cierta interpretación del contenido que exigen, dejando no obstante un amplio margen de apreciación al legislador y quedando los demás derechos sin una delimitación específica<sup>553</sup>.

La delimitación del contenido de los derechos sociales depende, pues, tanto de su propia forma de reconocimiento en el texto constitucional como de la interpretación que de ella extraigan los órganos jurisdiccionales. Si es cierto que esta delimitación deja, en la mayor

---

<sup>548</sup> El derecho al trabajo comprende, según el Tribunal Constitucional, no el derecho a desarrollar cualquier actividad libremente, sino el derecho a elegir profesión, por lo que no impide una regulación que sujete el ejercicio de la profesión farmacéutica a la posesión de un determinado título académico (STC 83/1984). El derecho a la educación, por su parte, comprende derechos de libertad que implican una abstención del Estado. La libertad de enseñanza implica la exclusión de toda intervención que pretenda orientar la enseñanza en determinado sentido, como proyección de la libertad ideológica y la libertad de expresión (STC 5/1981). Como concreción de ella, la libertad de creación de centros docentes entraña la facultad de crear centros privados y de dotarlos de un ideario o un carácter propio, dentro de los límites y condiciones legalmente establecidas (STC 5/1981).

<sup>549</sup> El artículo 35 de la Constitución española establece el derecho a la promoción por medio del trabajo, el derecho a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades personales y familiares, y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral, lo que ha sido desarrollado por el Estatuto de los Trabajadores, con la concreción de éstos y nuevos deberes. Asimismo, el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva entrañan la obligación de regular sus modalidades de ejercicio y de concretar sus titulares a través de una norma con rango de ley (STC 98/1985).

<sup>550</sup> El derecho a la educación entraña, según el Tribunal Constitucional, un contenido primario de libertad que incorpora una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad (STC 86/1985). Para ello, se prevén los instrumentos de planificación y promoción (art. 27.5 Constitución española), así como el mandato de conceder las correspondientes ayudas públicas a los centros que reúnan los requisitos que la ley establezca (art. 27.9), lo que no implica no obstante un derecho subjetivo a la prestación pública de subvenciones (STC 86/1985).

<sup>551</sup> En relación con el artículo 41 de la Constitución española, el Tribunal Constitucional ha considerado que éste impone a los poderes públicos la obligación de establecer o mantener un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social, pero ha considerado que se trata de un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema (STC 37/1994).

<sup>552</sup> En relación con este derecho, el Tribunal Constitucional ha interpretado que excluye una explotación al máximo de los recursos naturales, considerando que ello se debe armonizar con la utilización racional de los recursos y la protección de la naturaleza (STC 64/1982). Asimismo, ha considerado que la exposición continuada a niveles intensos de ruido puede poner en peligro la salud de las personas, conllevando una violación del derecho a la integridad física y moral (STC 119/2001), y violando también cuando se producen en el domicilio el derecho a la intimidad personal y familiar (STC 199/1996, STEDH 496/1994, *López Ostra*).

<sup>553</sup> Destaca especialmente, por comparación con otros estados, la ausencia de jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud, que ha sido atribuida por algunos autores a la existencia de un sistema legal de salud ya en funcionamiento que no plantea graves problemas. Véase PEMÁN GAVÍN, Juan; “Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud”, en *Derecho y salud*, vol. 16, 2008, p. 51 y ss.

parte de casos, un amplio margen de configuración al legislador, dando lugar a pocas declaraciones de inconstitucionalidad, ello forma parte de este proceso dialogado de determinación, en el que los Tribunales emprenden cada vez más una tarea de delimitación de estos contenidos, estableciendo límites y exigencias a la actividad legislativa.

### **iii. Los límites y la protección normativa de los derechos sociales**

El contenido de los derechos sociales, igual que el de los demás derechos, encuentra límites en relación con los demás derechos y bienes constitucionales. Estos límites operan, no obstante, de forma distinta a los derechos clásicos (apartado a), como también lo hacen las garantías normativas: la especial naturaleza de los derechos sociales da lugar a unos mecanismos que, si bien se hallan todavía en proceso de construcción, permiten una protección normativa de su contenido, basada en una estrecha colaboración entre legislador y jurisdicción constitucional (apartado b).

#### ***a) La transformación de los límites en los derechos sociales***

En la dogmática clásica, la problemática acerca de la protección normativa de los derechos se ha centrado en la noción de límite, como elemento que determina la posibilidad de una restricción en el contenido del derecho. Ya sea de forma expresa o de forma implícita, todas las constituciones hacen referencia a la limitación o restricción de los derechos, estableciendo lindes e imponiendo requisitos a las mismas: en unos casos, la Constitución establece expresamente los únicos supuestos en que cabe la restricción (art. 19.1 Ley Fundamental alemana, art. 18.2 Constitución portuguesa); en otros, ello se deduce *a contrario* de las garantías que se establecen para el desarrollo de los derechos (art. 53.1 Constitución española); todavía en otros, ello se deduce implícitamente de la jurisprudencia constitucional, que impone ciertas condiciones a la restricción de derechos (Francia, Italia). Sin embargo, el concepto de límite adquiere en los derechos sociales un sentido diverso, dadas sus especiales características: en la medida en que la delimitación de su contenido se produce esencialmente por colaboración entre legislador y jurisdicción, los límites no aparecen establecidos a nivel fundamental como posibilidades de restricción a una esfera constitucionalmente garantizada, sino que se expresan mayoritariamente en la concreción y desarrollo que realice el legislador, como elementos que deberán ser compatibilizados con el mismo.

El concepto de límite, especialmente elaborado en la doctrina alemana, pretendía señalar inicialmente aquellos casos en que la legislación podía restringir el contenido constitucional de un derecho, por expresa remisión de la Constitución. El límite resultaba de la propia norma

fundamental, de forma que al legislador correspondía únicamente concretar su extensión y alcance, no pudiendo traspasar en ello el contenido esencial del derecho (art. 19.2 Ley Fundamental alemana)<sup>554</sup>. Ello se basaba, no obstante, en una visión de los derechos como elementos únicamente de defensa, que no requerían para su eficacia más que la abstención de los poderes públicos y que podían mantener su carácter absoluto sin necesidad de modulaciones: posteriormente, la toma en cuenta de la necesidad de conjugar diversos derechos y bienes, y la identificación en todos ellos de una vertiente objetiva, condujo al reconocimiento de unos “límites inmanentes” en la Constitución que, junto a los límites explícitos, habilitan al intérprete y al legislador a una cierta restricción y compatibilización de todos los derechos, adquiriendo la legislación un carácter de interpretación creativa por el que determina los complejos normativos necesarios para su existencia<sup>555</sup>.

Es cierto que, con esta transformación, la noción de límite evoluciona hacia una nueva comprensión, reconociendo la exigencia de un desarrollo en todos los derechos y la necesidad, por tanto, de que la ley module en algunos ámbitos su contenido, haciéndolos compatibles con otros bienes constitucionales. Pero la categoría de límite sigue teniendo esencialmente un sentido negativo, pensado para funcionar, ya sea en forma de límite inmanente –señalando los contornos y la delimitación del derecho- o en forma de límite explícito –indicando el lugar donde el legislador puede introducir una restricción-, como elemento de defensa de una determinada esfera, imponiendo un término a la intervención legislativa: al señalar específicamente los contornos de un derecho, o el ámbito donde la ley puede reducirlo o restringirlo, el límite presupone la existencia de una cierta esfera intangible, que queda garantizada frente a la actividad legislativa.

En los derechos sociales, la delimitación del contenido, si bien resulta directamente de la Constitución, no supone la existencia de un ámbito de facultades previas, que el legislador pueda restringir. Al contrario, el contenido del derecho ofrece múltiples posibilidades al legislador, que lo concreta y desarrolla estableciendo los medios y formas de organización necesarias para su realización. El concepto de límite, por tanto, entendido en su sentido

---

<sup>554</sup> Véase por ejemplo STEIN, Ekkehard; *Derecho político*, *op. cit.*, 1973, p. 245 y ss. Como expone el autor, sólo los derechos de libertad pueden ser limitados por ley, por lo que las garantías normativas se establecen también únicamente para ellos, y no para otros contenidos de la Ley Fundamental.

<sup>555</sup> HESSE, Konrad; *Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha*, *op. cit.*, 1998, p. 251. Según el autor, los límites inmanentes derivan del propio ámbito de la norma, esto es, de aquella parte de la realidad muchas veces ya jurídicamente moldeada, y deben ser determinados por interpretación, siendo muchas veces objeto de organización del derecho fundamental por el legislador. Sobre la función de la legislación como elemento necesario en relación con todos los derechos fundamentales, no sólo para su restricción sino para su completa conformación y determinación, HÄBERLE, Peter; *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 168 y ss.

clásico, parece en este contexto poco adecuado: las limitaciones que pueden imponerse en los derechos sociales no resultan de una restricción de su contenido constitucional, sino de los impedimentos o requerimientos que puede hallar el legislador en su desarrollo, especialmente, por la necesidad de conciliar y compatibilizar su existencia con otros derechos y bienes constitucionales. La problemática de los derechos sociales viene dada, así, por la determinación de los bienes y derechos que pueden condicionar su concreción y desarrollo normativo: especialmente, las condiciones presupuestarias y la disponibilidad de recursos públicos aparecen aquí como posibles elementos condicionantes, así como las exigencias que impone en este desarrollo el respeto a otros derechos, sobre todo de carácter económico.

La limitación que supone la disponibilidad de recursos públicos ha sido puesta de relieve por la doctrina en todos los estados, que ve en la dependencia de estos derechos respecto a las finanzas estatales la razón de una imposible garantía de su contenido constitucional<sup>556</sup>. La exigencia en los derechos sociales de una actividad de prestación estatal, que supone a menudo transferencias económicas e implica la puesta en pie de instituciones y servicios sería, según se alega, la causa de un elevado coste económico, que determinaría, en la medida en que corresponde al Parlamento la función presupuestaria, una mayor dependencia de estos contenidos respecto al legislador: a éste pertenece la decisión sobre la recaudación y priorización de los recursos públicos, por lo que a él incumbe también la determinación del contenido de los derechos sociales que pueda realizarse, de acuerdo con los recursos de que disponga y en función de su distribución entre los diversos fines estatales.

No obstante, este supuesto límite no deriva de una previsión en las constituciones que lo establezca como límite explícito a los derechos sociales, sino que se formula desde una precisa concepción axiológica de los derechos: habiéndose mostrado que todos los derechos, incluso aquellos puramente defensivos, suponen para el Estado un coste financiero<sup>557</sup>, dicha comprensión supone otorgar una mayor importancia a los contenidos de libertad negativa, que el legislador queda obligado a financiar, considerándose en cambio los elementos

---

<sup>556</sup> Véase, en la doctrina alemana, BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang; “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, *op. cit.*, 1993, p. 79 y ss. HESSE, Konrad; “Significado de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, 2001, p. 96. En Italia, BOGNETTI, Giovanni; *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1993, p. 46 y ss. BIN, Roberto; *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1992, p. 107 y ss. En la doctrina española, GARCÍA MACHO, Ricardo; *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Estudios de derecho público, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, p. 143. En contra de la sujeción de los derechos sociales a los recursos económicos, CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J.; *Derechos sociales: teoría e ideología*, *op. cit.*, 1994, p. 79 y ss.

<sup>557</sup> Véase en este sentido HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.; *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton Paperback, New York, 2000, p. 35 y ss.

prestacionales como derechos secundarios, cuya realización depende de la valoración de recursos que se realice por los órganos públicos. No es la Constitución, en esta lógica, la que impone la previsión de ciertas partidas presupuestarias para la realización de aquello que se ha consensuado, sino el legislador el que decide, atendiendo a sus preferencias políticas y a la priorización que establezca, el grado de realización que atribuye a los distintos derechos sociales, dependiendo de los recursos asignados.

En realidad, sin embargo, el límite de los recursos disponibles, de existir, podría derivar únicamente de las disposiciones constitucionales generales sobre las finanzas del Estado, por lo que, como límite inmanente, resultaría de aplicación a todos los derechos. Aun así, la existencia, en todas las constituciones continentales, de disposiciones que hacen referencia a la hacienda pública no supone automáticamente la previsión de un bien o interés constitucional que pueda actuar como límite al contenido de los derechos: por un lado, porque estos preceptos establecen a menudo únicamente procedimientos y formas para determinar los ingresos y gastos del Estado, sin establecer un bien constitucional específico que deba ser protegido<sup>558</sup>; por otro lado, porque, incluso en el caso de establecerlo, habría que considerar si se trata de un bien o interés que goce dentro de la Constitución del mismo rango que los derechos fundamentales, pudiendo entrar en una relación de ponderación y limitación recíproca.

En este marco, la reciente introducción en algunas constituciones continentales de un precepto relativo a la estabilidad presupuestaria, en vista al cumplimiento de las exigencias de déficit y deuda pública derivadas de los Tratados de la Unión Europea (arts. 109 y 115 Constitución alemana, art. 135 Constitución española, arts. 81 y 119 Constitución italiana) supone la consagración a nivel constitucional de un nuevo bien jurídico que, si era mencionado anteriormente en algunas de ellas<sup>559</sup>, no se dotaba de un nivel de detalle susceptible de generar obligaciones concretas. A pesar de que no gozan de la misma fuerza normativa que las disposiciones de derechos fundamentales –piénsese, en especial, en su distinta rigidez normativa dentro de la Constitución–, la conexión de estos preceptos con los requerimientos acordados a nivel europeo, y el particular mecanismo de aplicación que tiene en este ámbito la exigencia del equilibrio presupuestario, suponen un límite que el legislador

---

<sup>558</sup> Por ejemplo, los artículos 104a hasta 108 y 110 a 114 de la Constitución alemana, que establecen las competencias y procedimientos para el establecimiento de impuestos y para la determinación del gasto público; los artículos 133, 134 y 136 de la Constitución española, relativos a las competencias y procedimientos sobre potestad tributaria, los presupuestos generales del Estado, y el Tribunal de Cuentas.

<sup>559</sup> Por ejemplo, en el artículo 40.1 de la Constitución española menciona la “estabilidad económica” como principio orientador de la política económica del Estado.

deberá tener en cuenta en el momento del desarrollo y concreción de los derechos –así como en la aplicación de toda otra política-.

Sin embargo, este límite no se impone en exclusiva a los derechos sociales, ni tampoco resulta de forma nueva de estas disposiciones constitucionales. De forma previa a la entrada en vigor de estas reformas, los Tribunales constitucionales han considerado a menudo el límite de los recursos en relación con los derechos, como condicionante que se desprendería implícitamente de la exigencia de actuaciones públicas para su realización y del carácter limitado de los recursos existentes. La consideración sobre los recursos se ha hecho, no obstante, siguiendo esquemas diversos según el tipo de derecho analizado: en los derechos clásicos, la concreción de su contenido se impone desde la Constitución, afectando este límite únicamente a su desarrollo normativo –no a su contenido constitucional-, y condicionando su nivel de realización fáctica según los medios destinados a su cumplimiento –Administración de Justicia, registros de la propiedad, policía, prisiones-<sup>560</sup>; en los derechos sociales, la difícil determinación de su contenido constitucional deja al legislador múltiples opciones de concreción, que pueden quedar afectadas en mayor medida por el condicionamiento de los recursos disponibles, moldeando el contenido del derecho según las disponibilidades financieras del Estado<sup>561</sup>.

Ello no implica, no obstante, que este margen de libertad del legislador sea absoluto, ni que la concreción y desarrollo de los derechos o incluso su restricción queden exentas de todo control constitucional. El reconocimiento de estos derechos a nivel fundamental supone la habilitación al Tribunal constitucional para examinar la concreción legislativa realizada, estableciendo, en su caso, la declaración de un desarrollo insuficiente o de una restricción excesiva. Sin embargo, si es cierto que este control se ha llevado a cabo por los órganos de justicia constitucional en diversos estados, este examen se revela difícil en relación con los derechos sociales: los Tribunales dejan habitualmente un amplio margen de apreciación al legislador en la valoración de los recursos disponibles, entrando sólo en los casos extremos en la determinación del nivel del derecho que se puede realizar.

---

<sup>560</sup> Aun así, en la vertiente positiva estos derechos implican ciertas prestaciones costosas que a menudo se consideran no incluidas en el contenido constitucional del derecho, dejándolas en manos del legislador y evitando así que el límite de los recursos afecte a su contenido constitucional. Por ejemplo, la libertad de expresión no protege un derecho a la subvención de los medios de comunicación; ni el derecho a la libertad religiosa supone para las distintas confesiones una facultad de exigir determinados medios de financiación; cuestiones que dependerán en esencia del legislador y del desarrollo que se proporcione a cada derecho.

<sup>561</sup> A ello se añade, además, la dificultad de distinguir entre las causas que originan la falta de recursos. Porque pueden darse, evidentemente, situaciones de crisis económica generalizada que disminuyan la capacidad financiera del Estado, pero incluso dentro de ellas, cuesta saber qué reducciones de derechos responden a una imposibilidad fáctica y qué otras resultan de opciones políticas por la priorización de otros derechos o intereses.

Ha sido en Italia especialmente donde la Corte Constitucional ha valorado la existencia de recursos públicos como un límite que puede afectar al contenido de los derechos sociales. Si inicialmente el alto Tribunal mantuvo una jurisprudencia tendente a la maximización de estos derechos, imponiendo al legislador determinadas medidas onerosas –lo que fue abiertamente criticado<sup>562</sup>, posteriormente esta jurisprudencia ha sido matizada, considerando que la realización de los derechos sociales está sujeta a un “principio de gradualidad”, que habilita al legislador a tomar medidas de menor protección, siempre que respete el contenido constitucional mínimo del derecho. En relación con el derecho a la salud, por ejemplo, la Corte admite que éste se reconoce y se garantiza por la Constitución “como un derecho primario y fundamental que (...) impone plena y exhaustiva tutela”<sup>563</sup>, pero considera que constituye, en su perfil de derecho a un tratamiento sanitario, “un derecho constitucional condicionado a la actuación que el legislador ordinario dé a través de su ponderación (...) con los otros intereses constitucionalmente protegidos, teniendo en cuenta los límites objetivos (...) en relación con los recursos organizativos y financieros de que dispone en el momento”<sup>564</sup>. El control constitucional se ciñe, así, a una valoración de la actuación legislativa en relación con las exigencias del juicio de razonabilidad (*ragionevolezza*)<sup>565</sup>, que debe tomar en cuenta de una forma adecuada o no arbitraria la relación entre medios y fines, pero en la que se otorga al legislador un amplio espacio de decisión en la conciliación de los distintos intereses.

<sup>562</sup> La preocupación por los costes de las sentencias de la Corte Constitucional se muestra en las distintas ponencias recogida en AAVV; *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione, Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Giuffrè Editore, Milano, 1993 (354 p.). PARDINI, Jean-Jacques; “Principe de *gradualità* et droits sociaux de prestation. Ou l'effectivité partielle de la norme constitutionnelle en Italie”, en GAY, Laurence; MAZUYER, Emmanuelle; NAZET-ALLOUCHE, Dominique; *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 57 y ss.

<sup>563</sup> Sentencia de la Corte Constitucional italiana n° 992/1998.

<sup>564</sup> Sentencia de la Corte Constitucional italiana n° 175/1982, 212/1983, 455/1990. En un sentido similar, en relación con el derecho a la vivienda, la Corte afirma que se trata de un derecho que tiende a ser realizado en proporción a los recursos de la colectividad, siendo “sólo el legislador, midiendo la efectiva disponibilidad y los intereses con ella gradualmente susceptibles de satisfacción, [quien] puede racionalmente proveer la relación entre medios y fines, y construir puntuales casos justiciables como expresión de tal derecho fundamental” (Sentencia n° 252/1989).

<sup>565</sup> En esencia, la ponderación debe adecuarse a los criterios de necesidad, suficiencia y proporcionalidad que son propios del juicio general de proporcionalidad para la resolución de conflictos entre intereses. Véase MORRONE, Andrea; “Corte costituzionale e principio di *ragionevolezza*”, en *La ragionevolezza nel diritto*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 239 y ss. CERRI, Augusto; “*Ragionevolezza delle leggi*”, en *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1994, p. 2 y ss. BARILE, Paolo; “Il principio di *ragionevolezza* nella giurisprudenza della Corte Costituzionale”, en AAVV; *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici, Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 2 y ss.

También en Alemania el límite de los recursos públicos opera en relación con ciertos derechos prestacionales que se derivan de los derechos fundamentales, otorgando al legislador un cierto margen de libertad en la realización de dichas prestaciones. El Tribunal Constitucional Federal ha considerado, en relación con el derecho de acceso a una determinada formación –derivado del derecho a la libre elección de lugar de formación (art. 12.1 Ley Fundamental alemana)-, que si bien el principio de Estado social obliga al poder público a proveer los puestos suficientes para la realización del derecho, ello se halla bajo “reserva de lo posible”, y sólo es exigible en la medida en que existan recursos suficientes para proveer tales prestaciones<sup>566</sup>. La disponibilidad financiera del Estado puede actuar, así, si no como restricción al contenido general del derecho, sí como límite a su concreta realización en el caso específico, condicionando el acceso de los ciudadanos al servicio mediante el cual actúa su propia realización –impidiendo, por tanto, su pleno ejercicio-. El límite de la “reserva de lo posible” indica, en los derechos originarios de participación –donde el individuo exige al poder público la creación de una prestación no existente-, aquel cumplimiento posible que el individuo pueda razonablemente exigir de la sociedad<sup>567</sup>, lo que se deja, en esencia, a la valoración del legislador, entrando el Tribunal únicamente a corregir aquellos casos de manifiesta irrazonabilidad o arbitrariedad.

De forma similar ha actuado en España el límite de los recursos públicos, valorado en relación con los derechos sociales. No se halla en este sistema una teorización específica de este principio por la jurisprudencia, pero también el condicionamiento de las finanzas públicas ha jugado como elemento que confiere al legislador amplias posibilidades de valoración en el nivel de realización de los derechos, controlando únicamente el Tribunal Constitucional el respeto al principio de proporcionalidad. Así se ha considerado, por ejemplo, en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social, donde se ha establecido que el legislador dispone de “libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél”<sup>568</sup>, y donde se ha argumentado que el concepto de pensión adecuada debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, “sin que pueda prescindirse de las

---

<sup>566</sup> BVerfGE 33, 303, *numerus clausus*, relativa al acceso a la carrera de medicina de dos aspirantes que vieron denegada su solicitud por hallarse el número de plazas limitado en esta especialidad.

<sup>567</sup> HESSE, Konrad; “Significado de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, 2001, p. 96-97. En la doctrina alemana, los derechos originarios de participación designan los derechos de prestación que exigen la creación de nuevos servicios o prestaciones por el Estado, oponiéndose a los derechos derivados de participación, que se refieren a la exigencia de acceder en igualdad a aquellas prestaciones ya creadas previamente por el Estado.

<sup>568</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional español 37/1994.

circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales”<sup>569</sup>, admitiendo por tanto aumentos y retrocesos en función de la valoración legislativa.

La consideración de los recursos actúa, pues, en la práctica como límite al contenido de los derechos sociales que aparece concretado por el legislador. En la medida en que este contenido se define por colaboración entre la Constitución y la ley, el límite de los recursos obtiene una mayor entrada en estos derechos, no porque impliquen actuaciones más costosas, sino porque su concreción en gran medida por ley atribuye al legislador un mayor margen de apreciación de los condicionantes económicos. Ello no implica, sin embargo, que este límite pueda restringir totalmente el contenido constitucional del derecho –véase *infra* iii.b sobre las garantías normativas-, ni excluye su posible consideración en un sentido positivo: si en los momentos de crisis o insuficiencia económica el principio de gradualidad podría autorizar una cierta graduación a la baja del contenido de un derecho, en etapas de mayor crecimiento económico este principio podría obligar positivamente al legislador a restaurar los niveles anteriores, o a ampliar en cierta medida el contenido del derecho, aumentando el nivel de recursos destinados a su realización.

#### ***b) La transformación de las garantías normativas en los derechos sociales***

La existencia de un contenido constitucional de los derechos sociales, determinado y concretado por colaboración entre la Constitución y el legislador, plantea la cuestión acerca de los mecanismos que aseguran su protección ante los eventuales desarrollos legislativos que puedan restringir o limitar su alcance. Si en el ámbito de los derechos clásicos existen garantías normativas que permiten, con cierta precisión, determinar la existencia de una restricción excesiva, su traslado a los derechos sociales planteará ciertos problemas, lo que dará lugar a la creación de mecanismos e instrumentos propios: éstos se integran junto a los demás en el arsenal de instrumentos que pueden utilizar los Tribunales, si bien se hallan en proceso de construcción y tienen por tanto una notable diversidad entre los distintos estados.

De forma similar a los límites, las garantías normativas de los derechos se construyen inicialmente sobre un esquema defensivo, estableciendo un cierto ámbito de intangibilidad que el legislador no puede afectar. Tanto la garantía del contenido esencial –concebida en sus diversas formulaciones como esfera intangible<sup>570</sup>-, como la aplicación del principio de

<sup>569</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional español 134/1987.

<sup>570</sup> La Constitución alemana establece que “en ningún caso puede ser afectado el contenido esencial de un derecho fundamental” (art. 19.2). La Constitución española prevé que “sólo por ley, que en todo caso deberá

proporcionalidad, suponen una concepción defensiva de los derechos, que garantiza sólo una esfera de autonomía frente a intervenciones excesivas o ilegítimas, impidiendo al legislador toda entrada en el núcleo de este contenido, que se le impone directamente desde la Constitución.

En los derechos sociales, en cambio, las garantías normativas clásicas deben adaptarse para permitir un adecuado aseguramiento de contenidos que no son únicamente de abstención o de actuación negativa. La violación del derecho en estos casos no vendrá dada normalmente por la restricción legislativa de su contenido defensivo –que también puede darse- sino por un desarrollo u organización insuficiente, que no garantice de forma adecuada su prestación positiva. Una garantía puramente defensiva, que impida la entrada al legislador, no sirve por tanto al aseguramiento de los comportamientos esenciales que exige su realización. La particular forma de determinación del contenido de estos derechos exige por el contrario una transformación en dichas garantías: éstas deben permitir una mayor entrada del legislador en la concreción del contenido, pero deben bloquear, al mismo tiempo, aquellos desarrollos que no se adecúen a lo exigido por el propio precepto constitucional. Los mismos mecanismos existentes para otros derechos –la garantía del contenido esencial, el principio de proporcionalidad-, pueden así complementarse con otros elementos –la prohibición de regresión, el respeto a la confianza legítima- que los adapten al aseguramiento de contenidos positivos, impidiendo retrocesos en su regulación o estableciendo criterios para los mismos.

Así, la garantía del contenido esencial es fácilmente concebible como garantía de un contenido positivo, si se atiende a su dimensión institucional<sup>571</sup>. Es cierto que esta garantía ha planteado problemas en su sentido clásico, no viéndose a veces qué aporta más allá del aseguramiento del propio contenido constitucional, que ya se garantiza por su reconocimiento

---

respetar el contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades [reconocidos en el Capítulo II del Título I] (...)” (art. 53.1). Por su parte, la Constitución portuguesa establece que “las leyes restrictivas de los derechos, libertades y garantías habrán de revestir carácter general y abstracto y no podrán reducir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales” (art. 18.3). En Italia, donde la garantía no se había previsto expresamente en la Constitución inicialmente, la reforma introducida por Ley constitucional nº 3 de 18 de octubre de 2001 ha establecido, entre las materias reservadas al legislador nacional, la fijación de “los niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que hayan de quedar garantizados en todo el territorio nacional” (art. 117.2.m). En Francia, la garantía no tiene formulación expresa en la Constitución pero el Consejo Constitucional se refiere a menudo al riesgo de “desnaturalización” del derecho (por ejemplo, Decisión de 20 de enero de 1993, sobre la libertad de empresa).

<sup>571</sup> En este sentido, HÄBERLE, Peter; *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, *op. cit.*, 2003, p. 221 y ss, para quien esta garantía constituye una garantía institucional que se añade al carácter de institución de los derechos, evitando los abusos de la legislación. Asimismo, CRUZ VILLALÓN, Pedro; “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, 1989, p. 58 y ss. BAÑO LEÓN, José María; “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *op. cit.*, 1988, p. 169 y ss,

en la norma fundamental<sup>572</sup>. Pero este mecanismo podría hallar un mayor sentido en relación con la vertiente positiva de los derechos, si se concibe en un significado amplio y dinámico: en un marco en que todos los derechos requieren de regulación, y en que toda regulación puede suponer la afectación de un derecho –exista o no una remisión a la ley–, la garantía del contenido esencial podría quedar identificada, en un sentido positivo, con la protección de ciertos comportamientos que, escogidos y dotados de contenido inicialmente por el legislador de acuerdo con su prefiguración constitucional, se consideraran esenciales para la protección positiva del derecho, obligando a mantenerlos en el tiempo en un mismo nivel o franja de protección.

Así se refleja en cierta medida en la evolución de esta garantía en diversos estados, que ha ido integrando contenidos positivos y un cierto principio de no regresión en relación con los derechos sociales. En los ordenamientos francés e italiano, la interpretación de los derechos sociales ha ido evolucionando, adquiriendo progresivamente un contenido normativo esencial que se deduce por los Tribunales. La ausencia en estos sistemas de una previsión expresa de las garantías normativas, que excluya a los derechos sociales del aseguramiento del contenido esencial, ha facilitado la identificación jurisprudencial de un contenido normativo propio en estos preceptos, superando las reticencias que niegan a estos derechos una substancia constitucional, y estableciendo, dentro de la misma, un límite infranqueable para el legislador. Si es cierto que en Francia ello ha dado lugar en pocos casos a declaraciones de no conformidad de la norma<sup>573</sup>, y que en Italia la jurisprudencia se ha limitado a menudo a un control de la irracionalidad manifiesta de la ley<sup>574</sup>, en ambos estados se ha establecido la

---

<sup>572</sup> En este sentido, DE OTTO, Ignacio; “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; DE OTTO PARDO, Ignacio; *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 128 y ss. Si actualmente todos los derechos tienen una protección constitucional que impide su libre limitación, debiendo ser ésta siempre justificada, el autor considera que la garantía del contenido esencial no añade nada a la garantía constitucional, y contribuye en algunos casos a relativizar el propio contenido del derecho, que parece limitable en su esfera externa. En Alemania, el sentido declarativo del artículo 19.2 de la Ley Fundamental ha sido resaltado por HÄBERLE, Peter; *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, *op. cit.*, 2003, p. 217 y ss, para quien la garantía del contenido esencial se deriva de las propias características de la Constitución, en especial de la dimensión institucional de los derechos.

<sup>573</sup> En materia de derechos sociales a prestaciones materiales, el Consejo Constitucional sólo ha censurado una disposición que excluía a ciertos extranjeros en situación regular de la prestación suplementaria del Fondo nacional de solidaridad (Decisión de 22 de enero de 1990), y ello con base a la violación del principio de igualdad. Los Tribunales judiciales y administrativos completan el control de constitucionalidad *a priori*. Véase GAY, Laurence; “Les droits sociaux constitutionnels en France: particularisme ou ‘normalisation’?”, *op. cit.*, 2006, p. 106.

<sup>574</sup> El control de racionalidad (*raggionevolezza*) de la ley en este ámbito ha sido en efecto limitado, considerando la Corte que el legislador dispone de un amplio poder de apreciación discrecional, lo que lleva a hablar a algunos autores casi de una presunción de conformidad de la ley. BIN, Roberto; *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, *op. cit.*, 1992, p. 111.

protección de un contenido mínimo de los derechos sociales, que se halla en el propio texto fundamental, impidiendo al legislador la adopción de decisiones que lo reduzcan.

El Consejo Constitucional francés ha reconocido, por ejemplo, que la previsión de una tarifa a pagar por los asegurados por cada consulta médica sólo es conforme a la Constitución si no se fija en un nivel tan alto que ponga en cuestión el derecho a la protección de la salud (párrafo 11 Preámbulo de 1946), lo que indica la existencia de un contenido mínimo esencial<sup>575</sup>. El denominado *effet cliquet*<sup>576</sup>, que impide una regulación regresiva de los derechos, se ha extendido a los derechos sociales, hasta confundirse, según algunos autores, con la garantía de su propio contenido esencial<sup>577</sup>. Su aplicación a los derechos sociales no produce consecuencias tan claras como en los demás, pero el Consejo Constitucional lo aplica en diversos casos, impidiendo un retroceso de la protección legislativa, “que no puede conducir a privar de garantías legales un principio de valor constitucional”<sup>578</sup>.

La Corte Constitucional italiana, todavía más explícita, ha considerado que las exigencias de las finanzas públicas no pueden tener, en la conciliación efectuada por el legislador, “un peso tan preponderante que comprima el núcleo irreductible del derecho a la salud como marco inviolable de la dignidad humana”<sup>579</sup>, y que la exoneración de ciertos grupos

---

<sup>575</sup> Véase la Decisión del Consejo Constitucional de 12 de agosto de 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*. El Consejo reconoce que el establecimiento de esta tarifa en un nivel demasiado elevado supondría que el reembolso por la misma fuera insuficiente para garantizar un acceso efectivo a la salud, lo que indica que hay un contenido mínimo del derecho a la prestación que queda protegido por la Constitución.

<sup>576</sup> Este principio surge inicialmente en el ámbito de los derechos de libertad, como obligación de proceder a una protección siempre más efectiva del derecho, impidiendo una regulación de retroceso. La Decisión del Consejo Constitucional de 20 de enero de 1984 estableció que la aprobación de una ley que no mantenía las mismas garantías de participación a los profesores, ni les otorgaba garantías equivalentes, no era conforme a la libertad de expresión (art. 11 Declaración de 1789). Posteriormente, el Consejo estableció, en un caso relativo a la institución de techos máximos para la posesión o el control de medios de comunicación, que la nueva regulación privaba la libertad de prensa de las garantías que tenía anteriormente, y que “una ley sólo puede regular el ejercicio de un derecho en vista a hacerlo más efectivo o a conciliarlo con otras reglas o principios constitucionales” (Decisión de 10 y 11 de octubre de 1984). Sin embargo, el principio ha sido matizado en la jurisprudencia posterior, no produciendo una petrificación total sino sólo una cristalización relativa en la regulación de estos derechos. Véase HACHEZ, Isabelle; *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, Bruylant, Nomos Verlagsgesellschaft, Bruxelles, Baden-Baden, thèse, 2008, p. 203 y ss.

<sup>577</sup> En este sentido, GAY, Laurence; “Les droits sociaux constitutionnels en France: particularisme ou ‘normalisation’?”, en GAY, Laurence; MAZUYER, Emmanuelle; NAZET-ALLOUCHE, Dominique; *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, op. cit., 2006, p. 107. Sin embargo, algunos autores consideran que este principio no se extiende en realidad a los derechos sociales. Véase MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel; “Jurisprudence constitutionnelle”, en *La semaine juridique*, 2003, p. 393. TURPIN, D; *Libertés publiques. Droits fondamentaux*, Paris, Seuil, 2004, p. 175.

<sup>578</sup> Su aplicación a los derechos sociales se produce especialmente en las Decisiones n°90-287 de 16 de enero de 1991 (en materia de protección de la salud), n°91-296 de 29 de julio de 1991 (en materia de pluralismo sindical), y n°94-359 de 19 de enero de 1995 (en materia de derecho a la vivienda).

<sup>579</sup> Sentencia de la Corte Constitucional italiana n° 309 de 16 de julio de 1999.

vulnerables respecto a los gastos sanitarios supone “la realización del contenido mínimo esencial del derecho a la protección de la salud, garantizado por el artículo 32 de la Constitución”<sup>580</sup>. La Corte exige que la realización del derecho en cuestión respete una gradualidad exigida por las disponibilidades financieras, pero no admite una regresión absoluta sino que establece, al contrario, límites a este tipo de regulación: exige en estos casos el respeto al contenido esencial del derecho, en el que el legislador no puede retroceder<sup>581</sup>; impone condiciones en cuanto al régimen transitorio de la regulación; y requiere asimismo el respeto al principio de la confianza legítima (*principio di affidamento*), que impide la adopción de regulaciones totalmente irracionales o arbitrarias<sup>582</sup>.

La garantía de un contenido esencial aparece así, si no siempre formulada explícitamente como tal, sí establecida en unas características y manifestaciones típicas –deducción desde la Constitución, intangibilidad para el legislador, límite a la reducción material del derecho- que se combinan con elementos nuevos, adaptándose a la naturaleza positiva de los derechos: en la medida en que este contenido no refiere una esfera de libertad ya existente, sino un ámbito enteramente construido a partir de la actuación pública, su definición aparece deducida en su principio de la Constitución, pero se halla no menos ligada a su construcción por el legislador, determinándose su núcleo esencial a través del principio de no regresión en relación con la regulación legislativa realizada.

Ello parece desnaturalizar esta garantía, que se entiende en su sentido clásico como barrera al legislador, pero le atribuye en relación con los derechos sociales positivos una operatividad distinta: cabe identificar, en el precepto constitucional que reconoce estos derechos, un contenido esencial definido en su principio –aquel fin o bien que deben realizar-, que efectivamente requiere de una cierta concreción, pero una vez realizada esta concreción por el legislador, especificando la organización y el funcionamiento de las prestaciones, puede ser el Tribunal constitucional quien establezca aquello que se considera irrenunciable, definiendo el núcleo esencial del derecho y fijando los límites que tendrán sus posteriores regulaciones. El Tribunal controla, así, en el momento inicial de desarrollo, que éste sea suficiente de acuerdo con lo prescrito por la Constitución, y posteriormente, que no haya

---

<sup>580</sup> Sentencia de la Corte Constitucional italiana n° 184 de 23 de abril de 1993. Véase sobre la jurisprudencia italiana en materia de salud, ÉLIE, Marie-Pierre; “Les droits sociaux constitutionnels en Italie”, en GAY, Laurence; MAZUYER, Emmanuelle; NAZET-ALLOUCHE, Dominique; *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, op. cit., 2006, p. 42 y ss.

<sup>581</sup> Véase por ejemplo la Sentencia de la Corte Constitucional italiana n° 309 de 16 de julio de 1999.

<sup>582</sup> Véase sobre estos desarrollos PARDINI, Jean-Jacques; “Principe de *gradualità* et droits sociaux de prestation. Ou l’effectivité partielle de la norme constitutionnelle en Italie”, op. cit., 2006, p. 64 y ss.

reducciones (restricciones, retrocesos) en aquella esfera de contenido positivo que, organizada y desarrollada por el legislador, se considere esencial para la realización del derecho.

La garantía del contenido esencial aparece por tanto, en estos estados, deducida por los órganos de justicia constitucional como límite que impide en la legislación un retroceso absoluto o una supresión total que prive al derecho de su contenido. El principio de no regresión adquiere así una notable importancia, como criterio que determina los contornos de aquello que se considera esencial: no se trata de una consecuencia *a posteriori* del derecho, como corolario de aquello que se considera esencial, sino que precisamente define, en base a la concreción legislativa, los elementos nucleares del mismo, que serán imprescindibles para su satisfacción. Es esencial, pues, aquello en lo que no cabe regresión, por ser irrenunciable de acuerdo con el contenido que exige la Constitución.

Todavía más allá, el principio de no regresión puede operar en todo el contenido del derecho, garantizando, también fuera de su núcleo esencial, la ausencia de retrocesos excesivos o irrazonables que pongan en duda la protección del derecho. Así opera por ejemplo en Bélgica, donde su construcción ha alcanzado una notable perfección. La jurisprudencia lo concibe como una obligación no absoluta –no bloquea todo retroceso en materia social-, y ha desgranado una serie de criterios que debe respetar la regresión<sup>583</sup>. El principio impone al legislador el respeto, como mínimo, a un nivel de protección equivalente al ofrecido por la legislación anterior<sup>584</sup>, pero acepta ciertos retrocesos, siempre que se den en determinadas condiciones: puede admitirse, por un lado, un retroceso no significativo, cuando el legislador

---

<sup>583</sup> La incorporación de los derechos sociales a la Constitución belga, a través de una primera revisión constitucional en 1988 (derecho a la educación, art. 24.3), y de una segunda revisión más amplia en 1994 (art. 23), ha propiciado la consideración mayoritaria en la doctrina belga de que su reconocimiento implica la constitucionalización como mínimo del nivel existente en la legislación social en el momento de su aprobación, no admitiéndose retrocesos sustanciales. Véase VANDERBURIE, Aurélien; *L'article 23 de la Constitution. Coquille vide ou boîte aux trésors?*, La Charte, Bruxelles, 2008, p. 40 y ss. VERDUSSEN, Marc; BONBLED, Nicolas; “Les droits culturels et sociaux dans la Constitution belge”, en VERDUSSEN, Marc (dir.); *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 73. LENAERTS, Koen; VAN YPERSELE, Patrick; VAN YPERSELE, Joël; “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Belgique”, en ILIOPOULOS-STRANGAS, Julia; *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union européenne: étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 188. HACHEZ, Isabelle; *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, *op. cit.*, 2000, p. 50 y ss.

<sup>584</sup> La jurisprudencia belga no es clara, no obstante, respecto a cuál es la norma de referencia para este control: en unos casos, se adopta como parámetro de comparación el nivel de protección existente en el momento de entrada en vigor del artículo 23 de la Constitución belga (tesis del punto fijo); en otros, se hace referencia al nivel más alto de protección que ha ofrecido la legislación anterior a la norma cuestionada (tesis del punto móvil). En favor del punto móvil, en la medida en que sólo la legislación más protectora es conforme al objetivo que fija la Constitución, HACHEZ, Isabelle; *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, *op. cit.*, 2008, p. 361.

prevea compensaciones aumentando la protección de otros elementos del derecho<sup>585</sup>; pero puede aceptarse también, por otro lado, un retroceso significativo –en el que no haya medidas compensatorias-, si se halla claramente previsto en la ley, y se justifica en razones de interés general, respetando la proporcionalidad respecto al objetivo perseguido<sup>586</sup>.

Así, la garantía del contenido de los derechos sociales puede operar en distintos niveles a través del principio de no regresión: si el núcleo esencial del derecho puede venir determinado, en la forma descrita, por aquellos elementos que el Juez considere totalmente irrenunciables de acuerdo con la Constitución –y por tanto no susceptibles de retroceder-, la protección del resto de su contenido puede sujetarse a una obligación más flexible, que permita ciertas regresiones pero que exija, en todo caso, una justificación razonable y un respeto estricto al principio de proporcionalidad.

Esta construcción no existe, sin embargo, formulada como tal en ningún estado, y presenta notables dificultades en aquellos sistemas donde la garantía del contenido esencial se prevé expresamente, excluyendo de ella a los derechos sociales –ya sea por su práctica falta de reconocimiento en el texto constitucional (Alemania), o ya sea por la previsión específica de un régimen diferenciado (España, Portugal)-. Dicha exclusión expresa ha dificultado la adaptación jurisprudencial de las garantías normativas, si bien también en algunos de estos sistemas se han elaborado principios que permiten una cierta garantía normativa de los derechos sociales positivos.

En Alemania, por ejemplo, la protección de contenidos positivos –derivados, en su mayor parte, de los derechos fundamentales clásicos- ha operado a través de la prohibición de infra-protección (*Untermassverbot*), así como de la protección de la confianza legítima. Existe una cierta jurisprudencia que ha reconocido el carácter de “propiedad” a algunos derechos sociales

---

<sup>585</sup> En el examen de la obligación de no regresión, la jurisprudencia belga exige habitualmente la existencia de un retroceso sensible, si bien en la mayoría de casos sirve para concluir en su ausencia, connotando el respeto a la obligación de no regresión. Véanse por ejemplo las Sentencias de la *Cour d'arbitrage* nº 169/2002, en materia de asistencia social; 5/2004, en materia de renta mínima de inserción; 130/2004, en materia de ruidos; o 150/2004, en materia de contaminación nuclear.

<sup>586</sup> Precisamente la ausencia de motivos de interés general ha dado lugar a las dos únicas anulaciones de una disposición por vulneración del principio de no regresión. La Sentencia del Consejo de Estado de 29 de abril de 1999, *Jacobs*, consideró que una disposición de la Región flamenca, que permitía el uso de un circuito de carreras durante un número mayor de fines de semana, constituía una regresión en el nivel de protección contra el ruido que no estaba fundada en motivos imperiosos y era, por tanto, contraria a la Constitución. La Sentencia de la *Cour d'arbitrage* 137/2006 establece, en relación con una disposición de la Región de Valonia que disminuía las garantías de control medioambiental en la planificación y desarrollo de una zona urbana industrial, que la disposición produce “una regresión sensible del nivel de protección ofrecido por la legislación anterior que (...) no puede justificarse por motivos de interés general que se hallen en la base de dicha disposición”.

de seguridad social<sup>587</sup>, pero ha sido el principio de prohibición de infra-protección el que ha permitido en mayor medida una garantía de contenidos positivos, exigiendo ciertas condiciones a la regulación de configuración de los derechos fundamentales<sup>588</sup>. Por otra parte, ciertos principios procesales permiten también la protección de contenidos positivos. El principio de confianza legítima<sup>589</sup>, que ha sido reconocido por la jurisprudencia, prohíbe una disminución de las prestaciones por ley con efectos retroactivos, y establece condiciones a la restricción de derechos futuros, que sólo puede darse, en el caso en que la persona hubiera tomado decisiones en la convicción legítima de que el estado de cosas se mantendría, si es exigida por intereses más graves que los que tenía el interesado<sup>590</sup>.

También en Portugal se establecen ciertos mecanismos en vista a la garantía normativa de los derechos sociales. A pesar de la previsión de un régimen específico para los mismos, que excluye la garantía del contenido esencial (art. 18.3 Constitución portuguesa), el amplio y detallado reconocimiento constitucional de estos derechos –que especifica en cada caso las obligaciones del legislador- ha dado lugar al reconocimiento en todos ellos de un cierto contenido mínimo, que deriva de su previsión constitucional y que, si bien requiere un desarrollo normativo para su perfección, obliga a su concreción y garantía al menos en este nivel mínimo<sup>591</sup>. Así, la concreción legislativa realizada adquiere una cierta protección a

---

<sup>587</sup> Véase BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, p. 39 (sobre el seguro de jubilación), BVerfG *NJW* 1986, p. 1159 (sobre el seguro de paro). Ello implica que el Estado no puede expropiar estos derechos sin compensación, si bien puede limitarlos. DÄUBLER, Wolfgang; “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de l’Allemagne”, en ILIOPOULOS-STRANGAS, Julia; *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l’Union européenne: étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 100.

<sup>588</sup> En virtud de este principio, el Tribunal exige una medida de protección cuando la considera necesaria según el nivel existente de protección del derecho, valorando su indispensabilidad –esto es, su suficiencia para alcanzar la protección deseada y la no existencia de otras medidas que satisfagan mejor el derecho-, y examinando asimismo su racionalidad en atención al objetivo perseguido. Véase por ejemplo BVerfGE 39, 1, sobre el aborto, exigiendo la protección penal del *nasciturus*, como obligación de protección y promoción del Estado derivada del derecho a la vida. (art. 2.2 Ley Fundamental). Para algunos autores, este principio constituye la vertiente positiva del principio de proporcionalidad en la restricción de los derechos, evidenciando que también los contenidos positivos pueden tener una protección efectiva. BERNAL PULIDO, Carlos; *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 798 y ss.

<sup>589</sup> Este principio fue inicialmente evocado por la doctrina. En especial, la construcción de HESSE sobre los derechos adquiridos supone la protección de aquello que, regulado previamente por la legislación, adquiere garantía constitucional frente a su total supresión. Véase HESSE, Konrad; “Significado de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, 2001, p. 98.

<sup>590</sup> Véase BVerfGE 30, 392.

<sup>591</sup> La división entre grupos de derechos no es, pues, una división radical. Se prevén derechos reconducibles a la categoría de “derechos, libertades y garantías” del Título II en otras partes de la Constitución. La aplicación de un régimen jurídico depende de su estructura normativa, y no de su ubicación constitucional. Véase en este sentido MIRANDA, Jorge; *Manual de Direito constitucional*, Tomo IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p.

través de las denominadas “garantías de estabilidad”, que actúan en diversos niveles: en una garantía mínima, prohíben al legislador la pura destrucción del nivel mínimo adquirido por ley; en un nivel medio, exigen a las leyes regresivas el respeto al principio de igualdad y a la confianza legítima; en un nivel máximo, sólo en los casos en que la concreción legislativa adquiere una gran sedimentación en la conciencia comunitaria, suponen su consideración como “materialmente constitucionales” e impiden retrocesos en la materia<sup>592</sup>.

Un razonamiento similar no se ha producido, en cambio, en España, donde la doctrina y la jurisprudencia han visto en la exclusión de la garantía del contenido esencial (art. 53.1 Constitución española) un obstáculo insuperable. El régimen específico de estos derechos ha llevado a considerar las disposiciones del Capítulo III del Título I de la Constitución –la mayor parte de derechos positivos prestacionales– como carentes de un contenido que pueda imponerse al legislador. Si es cierto que la doctrina reconoce en estos enunciados una cierta entidad propia<sup>593</sup>, y que el Tribunal Constitucional ha confirmado su carácter normativo<sup>594</sup>, su regulación constitucional ha conducido a entender estos preceptos como casi enteramente dependientes del legislador, impidiendo únicamente su supresión total: el Tribunal afirma, por un lado, su condición de parámetro de constitucionalidad y su vinculación al legislador<sup>595</sup>, pero considera, por otro, que la ley goza de un amplio margen para escoger los medios de su desarrollo, lo que hace improbable una declaración de inconstitucionalidad por

---

139. QUEIROZ, Cristina M. M.; *Direitos fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 149 y ss.

<sup>592</sup> Véase por ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional portugués 39/1984, que establece la inconstitucionalidad del Decreto-Ley 254/1984, por el que se revocaba gran parte de la Ley 56/1979, de 15 de Septiembre, del Sistema Nacional de Salud. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos; “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique du Portugal”, en ILIOPOULOS-STRANGAS, Julia; *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l’Union européenne: étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 690.

<sup>593</sup> Véase GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel; “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, *op. cit.*, 2003-2004, p. 291, para quien los principios rectores tienen un contenido mínimo por el hecho de ser normas constitucionales, que el legislador debe respetar. Asimismo, LÓPEZ PINA, Antonio; “Capítulo III: De los principios rectores de la política social y económica”, *op. cit.*, 1996-1999, p. 25.

<sup>594</sup> El Tribunal Constitucional español ha afirmado desde sus primeras sentencias el carácter normativo de toda la Constitución. Véase por ejemplo la Sentencia 1/1981, que afirma el principio de constitucionalidad y la vinculación de la Constitución a los poderes públicos; y la Sentencia 4/1981, donde se afirma el carácter vinculante y la fuerza derogatoria de los principios constitucionales.

<sup>595</sup> Véase por ejemplo la Sentencia 71/1982, en la que, en el marco de un conflicto de competencias en materia de protección del consumidor, se valora que la ley impugnada se halla dentro del marco establecido por el artículo 51 de la Constitución española (derechos de los consumidores). Asimismo, la Sentencia 19/1982, en el que el régimen de pensiones de viudedad y jubilación se valora en relación al artículo 50 de la Constitución (protección de las personas de la tercera edad), o la Sentencia 64/1982, donde se establece que el derecho al medio ambiente (art. 45) obliga a una utilización racional de los recursos naturales, impidiendo una explotación radical.

contravenirlos<sup>596</sup>. Sólo en los casos de radical desconocimiento podría verse vulnerado el contenido de estos derechos: la ausencia de elaboración de su contenido por el Tribunal Constitucional, que no ha interpretado o definido las obligaciones que conllevan, hace extremadamente difícil que puedan considerarse vulnerados, o que pueda exigirse a partir de ellos un cierto comportamiento legislativo.

Tampoco ha tenido lugar en España la construcción de principios jurídicos que permitan la protección de los desarrollos que el legislador haya efectuado. El amplio reconocimiento constitucional de estos derechos, que prometía quizá una mayor garantía normativa de su contenido, ha frenado la acogida o la formulación propia de este tipo de construcciones, que han tenido una cierta consideración en la doctrina<sup>597</sup> pero han sido rechazadas explícitamente por el Tribunal Constitucional: éste considera, en la mayor parte de casos, que la Constitución no impone la congelación ni la imposibilidad de alterar el contenido de las prestaciones sociales<sup>598</sup>, y que, en relación con las modificaciones de actualización, la prohibición de retroactividad sólo afecta a las leyes que generen efectos para situaciones anteriores, pero no a su proyección en el futuro<sup>599</sup>. El texto positivo de la Constitución española encierra a la mayor parte de derechos sociales positivos en un régimen de garantías fijo, que no ha sido superado ni adaptado de forma similar a los desarrollos jurisprudenciales existentes en otros estados.

---

<sup>596</sup> En este sentido, las Sentencias 19/1982, precitada, y 45/1989, en relación con la forma de tributación del matrimonio, donde el Tribunal establece que es poco probable una declaración de inconstitucionalidad por omisión, es decir por causa de incumplimiento o infradesarrollo de los principios rectores.

<sup>597</sup> A favor de la posible deducción del principio de no regresividad desde la Constitución española se muestran por ejemplo BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè; “La azarosa vida de los derechos sociales. Del cuestionamiento de su regulación autonómica a la inevitabilidad de su restricción”, en AAVV; *Constitución y democracia. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Editorial Universitat, 2013, p. 973 y ss. LÓPEZ GUERRA, Luis María; DE ESTEBAN, Jorge; *El régimen constitucional español*, Vol. I, Labor Universitaria, Barcelona, 1980, p. 313 y ss. Con un sentido más matizado, PAREJO ALFONSO, Luciano; *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, *op. cit.*, 1983, p. 90. GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel; “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, *op. cit.*, 2003-2004, p. 295. En un sentido mínimo, PORRAS RAMÍREZ, José María; “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional”, *op. cit.*, 2004, p. 666.

<sup>598</sup> Véase por ejemplo la Sentencia 134/1987, donde se establece que la Constitución no obliga a que se mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista, ni que éstas experimenten un incremento anual, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento, puesto que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales. Sin embargo, el Tribunal ha reconocido la imposibilidad de “privar al trabajador, sin razón suficiente para ello, de las conquistas sociales ya conseguidas” (Sentencia 81/1982), y ha establecido que el artículo 41 de la Constitución excluye una regulación que dejara vacío de contenido el sistema de Seguridad Social (Sentencia 37/1994).

<sup>599</sup> Véanse las Sentencias 42/1986, en relación con una nueva regulación que afectaba a los colegios profesionales; y 65/1987, en relación con el régimen de seguridad social, en que se establece que el artículo 41 de la Constitución no impide que el legislador valore las situaciones de necesidad existentes en cada momento, apreciando su importancia relativa y regulando o modificando el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar.

En definitiva, por tanto, el contenido de los derechos sociales adquiere diversas formas de protección en los distintos estados. Si en todos ellos se ha planteado, como mínimo, el juego del principio de no regresividad para su protección normativa, la aceptación de este principio como definidor de un contenido esencial, que pueda ser concretado por el legislador y delimitado posteriormente por el Tribunal constitucional, genera más dificultades, así como su utilización como elemento valorativo frente a las restricciones fuera del contenido esencial. Se trata, por tanto, de elementos de garantía en formación, que pueden no obstante ofrecer posibilidades notables de aseguramiento: su perfeccionamiento podría dar lugar a una protección más allá de un puro contenido mínimo, a través de una colaboración entre legislador y jurisdicción constitucional que superara los tradicionales problemas de separación de poderes.

#### **iv. Titularidad y destinatarios de los derechos sociales**

La particularidad de los derechos sociales se refleja también en ciertos rasgos específicos que se refieren a sus titulares y destinatarios. A diferencia de los derechos clásicos, donde el sujeto activo y pasivo del derecho venía identificado con un único tipo –el sujeto considerado en abstracto, los poderes públicos–, la incorporación de derechos sociales a los textos constitucionales da lugar a una evolución en dichas categorías, abriendo el campo de la titularidad a múltiples sujetos (apartado a), y determinando asimismo la posibilidad de otros destinatarios más allá de los órganos estatales (apartado b).

##### ***a) La titularidad de los derechos sociales***

La identificación del sujeto titular en los derechos sociales muestra una vez más las particularidades de estos derechos, que se plasman en la transformación de las categorías jurídicas utilizadas para los derechos clásicos. Si en los derechos sociales la titularidad sigue designando al sujeto activo del derecho, que obtiene ciertas facultades de exigencia frente al destinatario, la definición de estos sujetos se realiza con criterios completamente distintos, que implican la superación del paradigma liberal constitucional, reconociendo la existencia de grupos y la importancia de las relaciones sociales en el ejercicio de los mismos. Este reconocimiento no esconde, no obstante, las dificultades que implica dicho planteamiento: si la definición del sujeto titular se realiza por la pertenencia a un determinado grupo, al que se pretende favorecer, ello parece actuar en detrimento de una concepción universal de los derechos, que se atribuyan a toda persona por su condición de ser humano.

En las constituciones continentales, la determinación de los titulares de los derechos fundamentales se realiza atendiendo a diversos métodos: junto a la mención expresa que se realiza en cada precepto a sus titulares –que puede darse en distintas formas<sup>600</sup>–, se hallan en algunos casos disposiciones específicas que regulan la titularidad de los extranjeros –art. 13.1 Constitución española, art. 10.2 Constitución italiana, art. 12.1 Constitución portuguesa–, y de las personas jurídicas –art. 19.3 Ley Fundamental alemana, art. 12.2 Constitución portuguesa– mientras que en otros casos la titularidad viene determinada en exclusiva por vía jurisprudencial –Francia–. En todo caso, no obstante, el reconocimiento clásico de los derechos parte de una concepción unitaria de sus titulares: tanto si el derecho se atribuye a todas las personas como si se confiere únicamente a los nacionales, el titular constituye un sujeto considerado en abstracto, independientemente de su condición social o de sus circunstancias personales, teniéndose en cuenta sólo su estatuto legal y su capacidad o aptitud para ser titular de derechos<sup>601</sup>.

En los derechos sociales, en cambio, la función de integración de los diversos grupos e individuos que los caracteriza supone su reconocimiento en una forma que toma en cuenta la situación real de los individuos, ubicándolos en su contexto y admitiendo la importancia de las relaciones de fuerza social para el goce efectivo de las libertades. Aparecen, así, derechos que se atribuyen únicamente a ciertos individuos en tanto que pertenecientes a un determinado grupo –trabajadores, jóvenes, gente mayor, mujeres, niños, consumidores–, así como el reconocimiento en los propios textos fundamentales de ciertos grupos sociales y su función en el seno del sistema constitucional –partidos políticos, sindicatos, familias, universidades, pueblos, naciones–<sup>602</sup>. La titularidad viene así limitada a una cierta categoría de sujetos, cuyas características, por su ubicación en determinados ámbitos socialmente más débiles, conducen a una presunción de necesidad de una protección jurídica reforzada.

Ello rompe con el esquema liberal de titularidad de los derechos, admitiendo la existencia de normas constitucionales particulares para la protección de determinados colectivos

---

<sup>600</sup> Aparecen preceptos que mencionan a “todas las personas”, a “todos”, o a “todo individuo”, otros que se refieren a los nacionales o a los ciudadanos del Estado, y otros que contienen una formulación impersonal.

<sup>601</sup> Los derechos son en este sentido facultades jurídicas individuales de titularidad universal, que aparecen como afirmación del valor universal del individuo, por lo que no se concibe otro titular distinto al del hombre abstractamente considerado como sujeto moral de derechos humanos. En este sentido, PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique; “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, en ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier; *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 259 y ss.

<sup>602</sup> La existencia de sujetos colectivos aparece actualmente generalmente aceptada, y ha generado especiales desarrollos en el Derecho internacional, en relación con los derechos de pueblos y naciones. Véase LÓPEZ CALERA, Nicolás M.; “Sobre los derechos colectivos”, en ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier; *Una discusión sobre derechos colectivos, op. cit.*, 2001, p. 17 y ss.

necesitados. Sin embargo, no supone en realidad una transformación radical de la titularidad de los derechos, puesto que, a pesar de dirigirse a la protección de diversos grupos sociales, y de atribuir facultades para su defensa en el seno de las relaciones sociales –en especial, en el ámbito laboral-, la titularidad del derecho sigue definiéndose en relación con el individuo, en la medida en que se encuentre a lo largo de su vida ubicado en las distintas situaciones sociales que se protegen. El reconocimiento de derechos sociales a determinados grupos no supone, pues, un quebrantamiento del esquema válido para los derechos clásicos, sino que implica únicamente la adición de condiciones para su apertura a la consideración del individuo en el seno de los distintos grupos sociales<sup>603</sup>: en la medida en que se trata de derechos del “sujeto situado”, su atribución corresponde de modo potencial a todas las personas, pero se activa únicamente cuando se encuentren en la situación identificada como causante del derecho.

Es cierto que, especialmente en el ámbito laboral, la integración del sujeto más débil se produce a partir del reconocimiento de derechos a una entidad o colectivo formado por la asociación de los distintos trabajadores. Asimismo, otras organizaciones o grupos de individuos pueden obtener facultades y derechos propios en tanto que sujetos colectivos –por ejemplo, las asociaciones de consumidores-. Si ello no constituye un rasgo exclusivo de los derechos sociales –piénsese en el derecho a la libertad religiosa, reconocido a individuos y comunidades (art. 16.1 Constitución española)- ni es necesario en todos ellos –piénsese por ejemplo en el derecho a la educación-, es cierto que la especial función de integración de los derechos sociales se ha realizado en ciertos casos a través del reconocimiento al individuo de una mayor fuerza cuando actúa en grupo, obteniendo los medios para la defensa colectiva de sus intereses. La integración del individuo pasa, así, por su participación y asociación con otros individuos, formando los colectivos a los que se atribuye una mayor fuerza jurídica en las relaciones sociales, en tanto que medios para la realización de una igualdad y libertad reales.

Los derechos colectivos aparecen, así, como derechos cuya titularidad sigue siendo en esencia individual –piénsese en el derecho a adherirse a un sindicato, o en el derecho de huelga-, si bien su ejercicio requiere llevarse a cabo de forma colectiva<sup>604</sup>: su función de

---

<sup>603</sup> Se ha sostenido, en este sentido, que la fuerza del individualismo que subyace a la construcción moderna de los derechos no ha sido completamente superada, existiendo sólo ciertas alternativas moderadas, que admiten la los derechos colectivos como necesarios finalmente para la actuación individual. LÓPEZ CALERA, Nicolás M.; “Sobre los derechos colectivos”, *op. cit.*, 2001, p. 17 y ss.

<sup>604</sup> Existen derechos de titularidad colectiva, atribuidos a los colectivos ya formados –por ejemplo, el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las

integración se produce únicamente si son capaces de crear las condiciones para la defensa igualitaria de los intereses del grupo, lo que sólo se consigue, ante sujetos poderosos, con un ejercicio agregado entre diversos individuos, cuya fuerza unida permita condicionar o determinar en condiciones de igualdad la conducta de los demás sujetos en la relación jurídica. El ejercicio colectivo constituye pues, en ciertos casos –en especial en los derechos sociales de libertad-, condición imprescindible de realización de la función del derecho. Se trata, sin embargo, de un ejercicio subordinado en todo caso a la voluntad individual de los diversos sujetos, y en esencia funcional a la integración de cada uno de los miembros.

En los derechos sociales a actuaciones positivas, en cambio, la dimensión colectiva no se manifiesta en su titularidad, que sigue siendo de carácter individual, sino en el objeto del derecho, que viene constituido a menudo por un bien colectivo. En la medida en que estos derechos –igual que los derechos clásicos en su faceta prestacional- otorgan al individuo una facultad de acceso a un determinado servicio o bien jurídico que se halla enteramente construido por la actuación pública –sanidad, educación, seguridad social, vivienda-, ello supone un derecho de acceso a un bien colectivo, creado por el poder público y destinado a toda la comunidad política, de forma que este acceso que se reconoce al individuo deberá tener en cuenta el uso de este bien por otros sujetos, respetando estrictamente las condiciones de igualdad.

Por ello, la delimitación del grupo a partir del que se determina la titularidad adquiere importancia en las constituciones continentales. A diferencia de los países escandinavos, donde la titularidad de los derechos sociales sigue un esquema universal, en estos sistemas la protección específica a determinados colectivos supone la necesidad de establecer los criterios para delimitar el grupo al que se hace referencia. En este sentido, las constituciones dejan en este ámbito un amplio margen de concreción al legislador, puesto que, la definición de conceptos como “trabajadores”, “consumidores” o “discapacitados” queda atribuida en una amplia medida a la consideración del legislador, que podrá determinar las características del grupo al que se atribuye la facultad de acceso a un bien colectivo<sup>605</sup>.

Así, la atribución de estos derechos a determinados grupos parece ir en detrimento de una concepción de los mismos como derechos universales. Esta atribución en función del grupo o situación del individuo no afecta en sentido estricto a una titularidad potencial de todos los

---

mismas-. Pero su titularidad colectiva depende inicialmente del ejercicio individual del derecho de sindicación, y queda subordinado por tanto también a la concepción individual de los derechos.

<sup>605</sup> Así, por ejemplo, el derecho de los ciudadanos de la tercera edad a la atribución de pensiones suficientes (art. 50 Constitución española) no aclara quienes son los sujetos titulares, ni a partir de qué edad podrán recibir tales pensiones, dejando al legislador la concreción libre de este concepto, que podrá variar en el tiempo.

individuos, pero su formulación en concreto como derechos que se activan solamente en ciertas situaciones o que se refieren a colectivos determinados ha contribuido a su consideración como elementos menos relevantes para la dignidad humana, que no se atribuyen a todas las personas en cuanto a tales sino que sirven únicamente en determinadas circunstancias contingentes<sup>606</sup>. Ello se ha reflejado especialmente en la reticencia a la consideración de los extranjeros como posibles titulares: si en el relato generacional estos derechos aparecen como derechos de ciudadanía, completando junto a los derechos civiles y políticos el estatuto de ciudadano pleno del individuo<sup>607</sup>, su extensión a los no nacionales se ha revelado mucho más difícil, dependiendo en gran medida de la acción del legislador y de su concepción en la comunidad jurídica y social como derechos ligados a la condición de persona.

Así, la jurisprudencia ha admitido en los diversos estados continentales una extensión de los derechos sociales a los extranjeros, únicamente en la medida en que constituyan elementos imprescindibles para la dignidad humana y estableciendo una amplio margen de valoración para el legislador. En Italia, por ejemplo, la extensión de ciertos derechos sociales a los extranjeros se ha producido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a través de la interpretación del artículo 2 de la Constitución, relativo a los “derechos inviolables del hombre”, en relación con el artículo 10.2 de la Constitución, que establece la regulación de la situación jurídica de los extranjeros por ley, de acuerdo con las normas y Tratados internacionales. Según la Corte, son por ejemplo aplicables a los extranjeros el principio de igualdad<sup>608</sup>, y el derecho a la salud en su contenido mínimo esencial, en la medida en que se trata de un derecho protegido como ámbito irreductible de la dignidad humana que, según se considera, debe ser también reconocido a los extranjeros, cualquiera que sea su posición respecto a las normas de entrada y estancia en el Estado<sup>609</sup>.

---

<sup>606</sup> Así lo denuncia PISARELLO PRADOS, Gerardo; *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, op. cit., 2006, p. 34, quien destaca la utilización de estos derechos como elementos de exclusión y explotación de los pueblos colonizados, y la consideración de las minorías no nacionales como una “infraclase” que accede con frecuencia a un estatuto de “lumpenciudadanía”, por el que adquieren derechos a prestaciones sociales mínimas pero no genuinos derechos de participación y de ciudadanía política.

<sup>607</sup> MARSHALL, T. H.; *Citizenship and Social Class*, British Library, United Kingdom, 1950, p. 15-17.

<sup>608</sup> Véase la Sentencia de la Corte Constitucional italiana nº 120/1967, donde se afirma que el principio de igualdad vale también para los extranjeros cuando se trata de respetar los derechos fundamentales.

<sup>609</sup> Véase por ejemplo la Sentencia de la Corte Constitucional italiana nº 252/2001, donde la Corte reconoce el derecho al tratamiento sanitario también a un extranjero en situación irregular. Sobre ello, PASSAGLIA, Paolo; ROMBOLI, Roberto; “La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva della Corte Costituzionale”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (coord.); *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España, II Jornadas Italo-españolas de justicia constitucional*, Giuffrè Editore, Tirant lo Blanch, Universidad de Cádiz, Valencia, 2005, p. 43 y ss. En Francia, la Constitución no contiene a este respecto disposiciones

Un proceso similar ha tenido lugar en el Estado español, donde la atribución a los extranjeros de derechos sociales se ha realizado en función de su conexión con el principio de dignidad humana (art. 10.1 Constitución española). La previsión en la norma fundamental de un precepto relativo a la titularidad de los extranjeros (art. 13.1 Constitución española)<sup>610</sup>, interpretado junto con el principio de dignidad humana, que consagra la idea de unos derechos inherentes a la persona, ha dado lugar en la jurisprudencia constitucional a la consideración de los extranjeros como titulares de aquellos derechos que “pertenecen a la persona en cuanto a tal y no como ciudadano”<sup>611</sup>. No obstante, este grupo no se halla definido de forma cerrada e, incluso en los derechos no incluidos en él, el legislador no goza de una libertad absoluta para introducir diferencias de trato: la regulación de su ejercicio puede establecer condicionamientos adicionales a los extranjeros, pero debe respetar en todo caso las prescripciones constitucionales, y en particular el contenido esencial de los derechos establecido por la Constitución<sup>612</sup>.

Este sería el régimen correspondiente a numerosos derechos sociales, como el derecho al trabajo, el derecho a la salud o el derecho a percibir una prestación de desempleo<sup>613</sup>. En otros derechos, considerados más estrechamente ligados a la dignidad humana, el Tribunal ha declarado inconstitucional la subordinación de su ejercicio a una autorización de estancia o residencia en España que niegue completamente su contenido: así se ha establecido en relación con el derecho a la educación, en particular en el acceso de los menores de edad a la

---

expresas, pero ha sido el Consejo Constitucional quien ha abierto la vía hacia el reconocimiento de derechos fundamentales a los extranjeros, estableciendo que “si bien el legislador puede adoptar respecto de los extranjeros disposiciones específicas, le corresponde respetar las libertades y derechos fundamentales de valor constitucional reconocidos a todos aquellos que residen en el territorio de la República” (Decisión nº 93-425, de 13 de agosto de 1993). MODERNE, Franck; “Los derechos fundamentales de los extranjeros en Francia”, en BIGLINO CAMPOS, Paloma (coord.); *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y Derecho comparado*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 21 y ss.

<sup>610</sup> Este precepto establece que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título [Título I] en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

<sup>611</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional español 107/1984, que menciona como tales derechos el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, y a la libertad ideológica. Asimismo se ha incluido entre ellos el derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencia del Tribunal Constitucional español 99/1985). Según el Tribunal, la apreciación de dicha conexión con la dignidad humana debe hacerse teniendo en cuenta el tipo abstracto de derecho y los intereses que básicamente protege.

<sup>612</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional español 115/1987, donde se precisa que la posibilidad de introducir diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros no implica una posibilidad de legislar sin tener en cuenta los preceptos constitucionales. Sin embargo, véase también el voto particular a la sentencia, donde se argumenta que esta interpretación conduce al vaciado de contenido del artículo 13.1 de la Constitución.

<sup>613</sup> Véanse respectivamente las Sentencias del Tribunal Constitucional español 107/1984, 95/2000, y 130/1995.

enseñanza post-obligatoria, y en el derecho a la libre sindicación, que debe entenderse atribuido a todos los extranjeros, sean o no formalmente sujetos de una relación laboral<sup>614</sup>.

La intensidad de las modulaciones que puede introducir el legislador a la titularidad de los derechos sociales por los extranjeros viene determinada pues, en todos los estados, por su interpretación como condiciones imprescindibles para la dignidad y el libre desarrollo de la persona. Si justamente la función de integración de estos derechos partía, como se vio, de una concepción renovada de la persona, cuya realización y desarrollo requiere tanto de condiciones de libertad como de igualdad real, todavía la comprensión de estos derechos se halla impregnada de una idea de menor relevancia para el individuo en cuanto a tal, si bien se reconoce al menos un contenido mínimo inherente a su condición de persona. Ello se modifica, como se verá, por el Derecho de la Unión Europea, que obliga a atribuir a los ciudadanos de la Unión todos los derechos sociales en condiciones de igualdad –atendiendo a ciertas modulaciones según su situación de residencia-<sup>615</sup>.

#### ***b) Los destinatarios de los derechos sociales***

La definición de los destinatarios de los derechos sufre en el Estado social una transformación que no se circunscribe a los derechos sociales, sino que se extiende a todos los derechos fundamentales. Si esta categoría sigue designando en este marco al sujeto pasivo del derecho, que queda obligado a su realización y respeto, la determinación de dichos sujetos se realiza también a través de nuevos criterios, que incluyen no únicamente a los poderes públicos en sentido estricto sino también a otros órganos públicos o privados que realicen funciones públicas, así como a los particulares que puedan afectarlos.

La evolución en la determinación de los destinatarios de los derechos responde en esencia al cambio que sufren sus funciones en el sistema constitucional. Si es cierto, como se ha señalado, que ya en la etapa inicial de las revoluciones liberales los derechos tenían una eficacia multidireccional, no únicamente dirigida a los poderes públicos<sup>616</sup>, su construcción

---

<sup>614</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional español 236/2007, por la que se declara la inconstitucionalidad de diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>615</sup> Véase *infra* Capítulo 5, Sección III.A.iv.

<sup>616</sup> En esta etapa inicial, los derechos naturales nacen como derechos frente a los demás particulares, puesto que en el estado de la naturaleza referido por las teorías contractualistas no existía el poder público, y los derechos se dirigían también contra los privilegios de la nobleza y el clero. En este sentido, PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; *et alter*; *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 337 y ss. En un sentido similar, cuestionando la naturaleza defensiva de los derechos clásicos inicialmente, GRIMM, Dieter; “¿Retorno a

posteriormente como instrumentos esencialmente de defensa y protección frente al Estado los ha establecido como entidades dirigidas principalmente a estos poderes, cuya actuación debe abstenerse de inmiscuirse en los ámbitos protegidos y realizar de forma positiva las conductas de protección requeridas. En el Estado social, sin embargo, los presupuestos que subyacen a dicha concepción se modifican, en especial en relación con la evolución de la economía y con la formación de nuevos sujetos privados con amplios poderes: no es únicamente el Estado quien puede vulnerar o menoscabar las exigencias que impone la condición de persona, sino también los particulares quienes, atendiendo a su fuerza fáctica en el sistema de relaciones sociales y económicas, pueden imponer conductas y prácticas que vulneren estos derechos<sup>617</sup>.

La consideración, por tanto, de los derechos como entidades dirigidas en exclusiva al poder público pierde en este marco su significación clásica. Todos ellos tienen también una eficacia en las relaciones entre particulares, que se despliega en distintas formas<sup>618</sup>, y que adquiere en todo caso una especial relevancia en los derechos sociales: si éstos se conciben inicialmente como derechos de integración, permitiendo a todos los individuos la obtención de condiciones de igualdad y libertad reales, ello supone su actuación y despliegue especialmente en el ámbito de las relaciones sociales, puesto que es aquél donde se producen de forma más patente las desigualdades reales que a través de ellos se combaten. Así sucede sobre todo en relación con los derechos sociales de libertad, atribuidos normalmente a los trabajadores: éstos suponen el reconocimiento de un ámbito de facultades esgrimibles frente a otros sujetos privados, que requiere generar efectos frente a ellos en vista a su colocación en una posición real de igualdad.

La transformación de esta función de los derechos, no reducidos únicamente a una eficacia vertical entre individuo y poder público, se ha plasmado no obstante en distintos modos en las constituciones continentales, y no ha estado exenta de dificultades. En unos casos, la Constitución reconoce únicamente a los poderes públicos como destinatarios de los derechos fundamentales –Alemania<sup>619</sup>–; en otros, la Constitución establece expresamente a las

---

la comprensión liberal de los derechos fundamentales?”, en *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, op. cit., 2006, p. 158 y ss.

<sup>617</sup> En este sentido, GOMES CANOTILHO, José Joaquim; *Direito constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 598, quien destaca la existencia de poderes sociales o privados (asociaciones, empresas, iglesias, partidos) que sumen al individuo en un dominio de los grupos y de intereses organizados.

<sup>618</sup> Como se verá, la eficacia frente a particulares se halla reconocida generalmente en todos los estados continentales, situándose el debate entorno a la forma en que ésta se despliega, ya sea con intermediación de la ley o directamente desde la Constitución.

<sup>619</sup> La Ley Fundamental alemana establece que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos (art. 1.3), prevé la tutela judicial para la vulneración de estos derechos únicamente por parte del Estado (art. 19.4), y circunscribe el recurso de amparo constitucional a la lesión de derechos fundamentales causada por los poderes

entidades privadas, junto a los poderes públicos, como destinatarios de estos derechos – Portugal<sup>620</sup>-; todavía en otros, no existe en la Constitución una determinación que permita concluir de forma clara a favor o en contra de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales –España<sup>621</sup>-. El debate en torno a la posible eficacia de los derechos en las relaciones privadas se ha producido, no obstante, en términos similares en todos los sistemas: el reconocimiento en todos ellos de una dimensión objetiva de los derechos, que produce un efecto de irradiación hacia todo el ordenamiento y conlleva la obligación del Estado no únicamente de respetar él mismo el ejercicio de los derechos sino de procurar que los particulares también lo hagan, ha conducido a una aceptación general de una cierta eficacia de los derechos en el ámbito del Derecho privado, centrándose la discusión en las vías por las que ésta se produce y en las consecuencias que conlleva.

Así, para ciertos autores los derechos fundamentales tienen directamente desde la Constitución una eficacia horizontal, que sitúa a los demás particulares como destinatarios de los mismos. Según esta posición, elaborada inicialmente por NIPPERDEY en Alemania, los derechos fundamentales constituyen principios inmediatamente vigentes para el conjunto del ordenamiento jurídico, y por tanto también para el Derecho privado, de los que emanan directamente derechos subjetivos de los individuos<sup>622</sup>. Los derechos fundamentales no necesitan de ningún punto de infiltración para regir como normas objetivas en el Derecho privado, sino que tienen un efecto jurídico único, directo y normativo, modificando o

---

públicos (art. 93.1.4<sup>a</sup>). Sólo el derecho de asociación y de libertad sindical tiene como destinatarios inmediatos, por previsión expresa, a los particulares (art. 9.3).

<sup>620</sup> La Constitución portuguesa establece expresamente la vinculación de las entidades públicas y privadas a los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías (art. 18.1). Entre éstos se incluyen no obstante importantes derechos sociales: derecho de acción colectiva para la defensa de intereses difusos (art. 52.3), seguridad en el empleo (art. 53), libertad sindical (art. 55), protección de los representantes de los trabajadores (art. 55.6), prohibición de *lock-out* (art. 57.3), y derechos de los consumidores (art. 60.1).

<sup>621</sup> La Constitución española establece la sujeción de los poderes públicos y los ciudadanos a la Constitución (art. 9.1), pero hace referencia únicamente a la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales (art. 53.1), y la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional circunscribe el recurso de amparo a las violaciones de los derechos originadas en actos de los poderes públicos (art. 41.2). Ello ha sido interpretado, en unos casos, como ausencia de una base textual para la eficacia horizontal de los derechos; y en otros como ausencia de una base textual que excluya la eficacia de los derechos frente a particulares. Véase en el primer sentido GARCÍA TORRES, Jesús; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1986, p. 48; en el segundo sentido, BILBAO UBILLOS, Juan María; *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

<sup>622</sup> El autor acepta que ciertos derechos fundamentales vinculan sólo a los poderes públicos, pero identifica en la mayoría de ellos características que los hacen aptos a su eficacia horizontal. NIPPERDEY, Hans-Carl; HUECK, Alfred; *Compendio de Derecho del trabajo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 255 y ss.

regenerando las normas existentes, como consecuencia de las transformaciones que implica el Estado social y la realización efectiva del mandato de igualdad<sup>623</sup>.

Para otro sector, por el contrario, la eficacia de los derechos fundamentales no se produciría directamente desde la Constitución, sino que dependería de su articulación a través de la ley, siendo el legislador quien queda vinculado por su dimensión objetiva y quien traslada por tanto a las relaciones entre particulares la decisión valorativa que contienen. Para esta posición, las relaciones entre particulares deben regirse esencialmente por el principio de autonomía de la voluntad, por lo que, frente a la estatalización del Derecho privado que produciría la eficacia directa horizontal de los derechos, se defiende un efecto horizontal mediato, que sitúa al legislador y al Juez como destinatarios principales de los derechos: el legislador regula las distintas relaciones de acuerdo con los valores que se desprenden de los derechos fundamentales, pero manteniendo un notable margen de maniobra; y el Juez interpreta las normas de Derecho privado de acuerdo con estos valores, especialmente a través de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados típicos del Derecho común, sin declarar por tanto derechos subjetivos fundamentales<sup>624</sup>.

La distancia entre estas dos posiciones se reduce, no obstante, si se atiende a la particular consideración de cada uno de los derechos, haciendo depender la concreta eficacia de su propia naturaleza, y aportando así soluciones diferenciadas. Especialmente, en el ámbito de los derechos sociales, los derechos de libertad –libertad sindical, derecho de huelga, derecho de negociación colectiva- han visto reconocida ampliamente su eficacia horizontal en los diversos estados, dada su naturaleza específica y su función en el sistema jurídico. Así, en el ordenamiento alemán, la libertad sindical (art. 9.3 Ley Fundamental) tiene como destinatarios a los particulares por expresa previsión constitucional, estableciendo que “los acuerdos que restrinjan o intenten impedir este derecho serán nulos e inválidos” y que “las medidas

<sup>623</sup> A favor de esta posición se han pronunciado también otros autores, entre los que destacan GOMES CANOTILHO, José Joaquim; *Direito constitucional, op. cit.*, 1993, p. 593 y ss; MIRANDA, Jorge; *Manual de Direito constitucional*, Tomo IV, *op. cit.*, 1998, p. 285 y ss; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; *et alter; Lecciones de derechos fundamentales, op. cit.*, 2004, p. 339 y ss, para quien los derechos fundamentales derivan en España de los valores superiores que vinculan a todos los ciudadanos. Asimismo, DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás; *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981, p. 69 y ss.

<sup>624</sup> Esta posición fue defendida inicialmente por DÜRIG, y ha sido acogida posteriormente por el Tribunal Constitucional Federal alemán, así como por la mayor parte de la doctrina. Véase por ejemplo HESSE, Konrad; *Derecho Constitucional y Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1995, p. 63 y ss; STARCK, Christian; “Derechos fundamentales y Derecho privado”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, p. 65 y ss. En España, GARCÍA TORRES, Jesús; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, op. cit.*, 1986, p. 56. EMBID IRUJO, Antonio; “El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 25, 1980, p. 191 y ss.

dirigidas a esta finalidad serán ilegales” (párrafo 2). En el sistema español, el Tribunal Constitucional ha reconocido la eficacia frente a privados de la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva: por ejemplo, las injerencias por la empresa a las actividades sindicales de un trabajador elegido representante sindical se han considerado una vulneración de su derecho<sup>625</sup>, así como la imposición por la empresa a un delegado sindical de la revelación de informaciones relativas a la afiliación sindical de los trabajadores<sup>626</sup>, o la reducción del poder de influencia de un sindicato en la negociación de un convenio colectivo<sup>627</sup>. En otros ordenamientos, la eficacia horizontal directa de estos derechos se ha aceptado también sin dificultades, como algo inherente a su naturaleza y al tipo de relaciones en que operan<sup>628</sup>.

En los derechos sociales a actuaciones públicas, la eficacia en las relaciones privadas puede plantearse únicamente en su faceta defensiva, y no presenta aquí demasiados problemas. La transformación en los destinatarios de estos derechos viene dada por una más compleja identificación del poder público que debe realizar la actuación correspondiente para el cumplimiento del derecho, estableciendo las actuaciones normativas y administrativas necesarias, así como delimitando la competencia de los distintos órganos y entidades territoriales en la materia. En especial, en los derechos de acceso a determinados servicios el destinatario del derecho podrá venir constituido por una entidad privada que gestione el servicio público de forma indirecta. Si bien el mantenimiento de la titularidad por la Administración la configura como destinatario final del mismo, constituyendo ésta el sujeto obligado<sup>629</sup>, la fragmentación de las actuaciones entre Administración pública y entidades

---

<sup>625</sup> Véase por ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional español 78/1982, en la que a un trabajador despedido se le impidió ocupar su puesto laboral durante la duración del juicio, impidiéndole ejercer sus funciones sindicales. El acceso al recurso de amparo en vulneraciones de derechos producidas por actos de particulares se produce mediante la ficción jurídica de impugnación de la resolución judicial que no reconoció su violación.

<sup>626</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional español 292/1993, en la que se establece que el poder de dirección y gestión de la empresa tiene el límite infranqueable de los derechos fundamentales y no puede imponer a los trabajadores declarar sobre su afiliación sindical.

<sup>627</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional español 137/1991.

<sup>628</sup> En Italia, se ha reconocido la eficacia de los derechos sociales de libertad, como la libertad sindical, el derecho a la vivienda o el derecho a la salud en su faceta defensiva. Véase BIN, Roberto; *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 500. En Portugal, se ha considerado que la eficacia horizontal directa de los derechos fundamentales existe cuando se trata de relaciones en que se produce una gran desigualdad de poder social. Véase VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos; *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Livraria Almedina, Coimbra, 1983, p. 287. En Francia, ya la Sentencia del Consejo de Estado de 19 de mayo de 1933, *Benjamin*, reconoció que la libertad de reunión no se agota en el deber de abstención del Estado frente a una reunión, sino que el Estado está obligado a procurar que los demás respeten su ejercicio.

<sup>629</sup> LOPEZ PELLICER, José A.; *Lecciones de Derecho Administrativo*, Vol. II, Promociones y Publicaciones Universitarias, Murcia, 1989, p. 136 y ss.

privadas en la prestación de estos servicios puede dar lugar a algunas dificultades, haciendo necesario en ciertos casos la consideración de las empresas privadas como destinatarias de algunas actuaciones<sup>630</sup>.

#### **v. Eficacia y garantía de los derechos sociales**

A partir de su reconocimiento en los textos fundamentales, los derechos sociales producen, igual que los demás derechos, efectos jurídicos como normas constitucionales. No obstante, su eficacia en tanto que derechos presenta notables particularidades: si en su dimensión objetiva sus efectos no difieren demasiado de aquéllos que se atribuyen a otros derechos –hallando no obstante problemas específicos de garantía que se dan en ellos con una especial intensidad- (apartado a), en su dimensión subjetiva estos derechos presentan por lo general una eficacia reducida, que depende en su mayor parte de su apreciación por el Juez o por el legislador, si bien encuentra también vías de expresión alternativas que permiten reconocer en ciertas formas sus efectos para el individuo (apartado b).

##### **a) La eficacia objetiva de los derechos sociales y su garantía**

La eficacia de los derechos sociales en tanto que normas objetivas no halla grandes diferencias respecto a la que puedan tener otras normas constitucionales. De forma similar a lo expuesto en relación con los principios generales –véase *supra* Sección II.A.iii-, estos derechos pueden generar efectos en un sentido negativo, impidiendo determinadas actuaciones, así como en un sentido positivo, obligando a tomar ciertas decisiones o habilitando a los poderes públicos a determinadas regulaciones o políticas. Si es en este último aspecto en el que se plantean mayores problemas, se trata de una problemática común a la dimensión positiva de todos los derechos, que se refiere en sentido propio a la garantía de estos efectos, más que a la capacidad de estas normas para producirlos.

La eficacia negativa de los derechos sociales en tanto que normas constitucionales se halla afirmada por su propio carácter de normas jurídicas reconocidas a nivel fundamental. En la medida en que estos derechos se establecen en la norma constitucional, ya sea de forma explícita o por deducción jurisprudencial implícita, su contenido participa de los rasgos normativos de la ley fundamental, imponiéndose por tanto a las normas inferiores y vinculando a los poderes públicos –y en su caso a los particulares-. El efecto negativo de estas

---

<sup>630</sup> En contra de esta posición, considerando que los derechos prestacionales no son exigibles en ningún caso frente a un particular, que quedará vinculado sólo de forma negativa al derecho, DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás; *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, op. cit., 1981, p.73.

normas se produce, pues, por el impedimento de la actividad pública que las contravenga, anulando y estableciendo como inconstitucionales las normas o conductas que sean contrarias a su contenido. Sin embargo, si este efecto es particularmente claro en los derechos sociales de libertad, cuyo contenido defensivo impide regulaciones que lo reduzcan o vulneren, halla mayores dificultades en los derechos sociales a actuaciones positivas, donde la eficacia negativa debe ligarse a un contenido positivo de estas normas y se confunde, entonces, con su eficacia positiva –obligando a los poderes públicos a no actuar en contra de aquello que exige positivamente el precepto constitucional–.

Ello da cuenta, una vez más, de la dificultad de adaptación de los mecanismos constitucionales a los contenidos positivos. Puesto que, si en su construcción de derechos de defensa los derechos clásicos tenían únicamente una eficacia negativa, que impedía al legislador regulaciones vulneradoras de su contenido o esfera de libertad, en los derechos sociales positivos la particular delimitación de este contenido, que por su estructura alternativa es concretado habitualmente por el legislador –aunque no sea siempre así–, hace difícil la determinación de aquellas conductas legislativas que menoscaban este contenido, si no se acude a los criterios propuestos para definirlo –prohibición de regresividad, principio de gradualidad en sentido positivo–<sup>631</sup>. La delimitación del contenido por colaboración entre jurisdicción y legislador conduce a una difícil declaración de inconstitucionalidad de su regulación legislativa, que podrá darse únicamente a través de la interpretación del precepto constitucional y la extracción de su contenido mínimo, siendo normalmente sólo las situaciones de evidente y radical desconocimiento las que reciben una sanción.

Ello ocurre únicamente, debe insistirse, en aquellos derechos cuya formulación constitucional deja abiertas múltiples alternativas de determinación al legislador, pero no se produce en otros derechos que tienen un contenido constitucional definido de forma acabada –por ejemplo, el derecho a la educación–, ni se trata de un rasgo necesario en todos los derechos sociales. Incluso en los derechos sociales formulados de modo más abstracto, la eficacia negativa es posible a través de la interpretación jurisdiccional de su contenido: así lo muestran, por ejemplo, las sentencias de la Corte Constitucional italiana en relación con el derecho a la salud, rechazando en algunos casos actuaciones que vulneraban su contenido<sup>632</sup>;

---

<sup>631</sup> Por ello, el Tribunal Constitucional español ha afirmado por ejemplo que es difícil obtener una declaración de inconstitucionalidad de una ley por vulneración de los principios rectores. Véase la Sentencia 19/1982, en relación con el régimen de pensiones de viudez y de jubilación.

<sup>632</sup> Véase por ejemplo la Sentencia de la Corte Constitucional italiana 88/1979, donde se excluye una interpretación de la norma civil relativa a la indemnización de daños que no incluya los daños biológicos, resultantes de la violación del derecho a la salud de la víctima.

la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en relación con el derecho a la educación, determinando los límites que tiene el legislador en su regulación<sup>633</sup>; o los pronunciamientos del Tribunal Constitucional portugués en relación también con el derecho a la sanidad pública<sup>634</sup>.

Esta eficacia queda pues, en gran medida, en manos de la interpretación del Juez constitucional, y de su habilidad y voluntad para extraer el contenido que se desprende de los preceptos constitucionales. Su garantía es posible, no obstante, en todos los estados: todos los sistemas prevén, aunque sea en distintas formas, un control de constitucionalidad de las leyes por el órgano de justicia constitucional, en el que los derechos sociales pueden ser alegados como parámetro de constitucionalidad, examinando el Juez la adecuación de la legislación a su contenido y estableciendo, en su caso, los efectos negativos o derogatorios pertinentes con carácter vinculante. En relación con los demás órganos públicos, la eficacia negativa de estos derechos podrá ser controlada por los órganos judiciales, a quienes corresponde el control de las actuaciones reglamentarias y administrativas, declarando la nulidad del acto si se considera contrario al contenido constitucional –aunque ello no se produce con demasiada frecuencia-. La garantía de este efecto se produce pues principalmente por la vía jurisdiccional, y especialmente por los órganos de justicia constitucional –que ostentan el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes-, si bien pueden existir otras instituciones –defensores del pueblo, órganos administrativos especializados, organizaciones sociales- que contribuyan a determinar el contenido constitucional del derecho, presionando de esta forma hacia la garantía de su eficacia negativa.

En su vertiente positiva, la eficacia objetiva de los derechos sociales consiste, por un lado, en la habilitación de los poderes públicos, y por otro, en la obligación del Estado de realizar determinadas actuaciones. Si la eficacia habilitadora de estas normas puede parecer a primera vista irrelevante, en la medida en que el legislador tiene por regla general libertad de acción para regular aquello que desee; no lo es tanto si se atiende a la limitación constitucional de la actividad legislativa en relación con los derechos fundamentales, donde se exige, en caso de

---

<sup>633</sup> Véase por ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional español 5/1981, que declara inconstitucionales ciertos preceptos de la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, del Estatuto de centros escolares, en relación con el gobierno de los centros sostenidos con fondos públicos y en relación con las asociaciones de padres. Asimismo, la Sentencia 77/1985 declaró inconstitucionales dos artículos de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, por considerar que constituían una restricción excesiva de la libertad de enseñanza.

<sup>634</sup> Véase especialmente la Sentencia del Tribunal Constitucional portugués 39/1984, que establece la inconstitucionalidad del Decreto-Ley 254/1984, por restringir excesivamente el derecho a la salud a través de la revocación en gran parte de la Ley 56/1979, de 15 de Septiembre, del Sistema Nacional de Salud.

restricción, que la regulación se funde en la protección de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. En este marco, el reconocimiento de los derechos sociales puede habilitar regulaciones restrictivas de otros derechos y, especialmente, de los derechos económicos: su previsión a nivel constitucional permite al legislador una regulación protectora de ciertos bienes que se consideran relevantes, habilitándolo a una legislación que, de otra forma, hubiera resultado inconstitucional por limitar injustificadamente derechos constitucionales. Así lo han reconocido la mayoría de jurisdicciones constitucionales, que admiten la restricción del derecho de propiedad y de la libertad de empresa en base a la protección de otros bienes o derechos<sup>635</sup>.

Por su parte, la eficacia positiva obligante de los derechos sociales implica la generación por estas normas de obligaciones positivas en sus destinatarios. Su reconocimiento a nivel constitucional, con un contenido determinado, supone para los poderes públicos la obligación de emprender las actuaciones normativas, administrativas o de prestación fáctica que sean necesarias para su cumplimiento<sup>636</sup>. Si estas obligaciones no se hallan siempre definidas de forma concreta en el precepto constitucional, corresponde al legislador la concreción de su contenido, escogiendo entre las formas diversas de organización y realización y determinando por tanto de forma específica del derecho. Por ello, la eficacia subjetiva de estos derechos se hace depender a menudo de su previa regulación por el legislador, o bien de la existencia desde la Constitución de una obligación definida de forma acabada. No obstante, ello no supone, a nivel de su eficacia como normas objetivas, reducción alguna de su efecto obligante, imponiendo especialmente al legislador, a partir de su reconocimiento constitucional, una obligación de regulación que lo orienta en un determinado sentido<sup>637</sup>, dejándole al mismo tiempo un cierto grado de libertad en su configuración.

Los problemas se plantean, sin embargo, en cuanto a la forma de garantía de este efecto positivo obligante, poniendo en duda la aptitud de la norma constitucional para garantizar obligaciones de este tipo. Puesto que, si en la eficacia negativa la simple declaración de inconstitucionalidad y expulsión de la ley impugnada produce automáticamente el restablecimiento del derecho, suprimiendo el comportamiento que había causado la injerencia y recuperando así el ámbito de libertad restringido; en la eficacia positiva la satisfacción del

---

<sup>635</sup> Véase sobre la limitación de estos derechos *infra* Sección II.C.

<sup>636</sup> En este sentido, ALEXY, Robert; *Derechos sociales y ponderación*, *op. cit.*, 2009, p. 55 y ss.

<sup>637</sup> En concreto, se habla en la doctrina alemana de una regulación de protección del derecho, así como del aseguramiento del derecho a través de su organización y procedimiento. Véase HESSE, Konrad; *Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha*, *op. cit.*, 1998, p. 275 y ss.

derecho no se consigue únicamente a través de la anulación de una ley ya existente, sino que requiere hallar mecanismos, más allá de la función de legislador negativo de los Tribunales constitucionales, para imponer a los órganos públicos la adopción de las regulaciones necesarias, y para determinar positivamente el contenido que deben tener dichas regulaciones. Ante ello, la justicia constitucional ha ido evolucionando en los últimos años, en la línea de idear nuevos instrumentos que permitan orientar en mayor medida al legislador. Se trata, no obstante, de una cuestión extremadamente sensible, que concierne directamente al fundamento de los sistemas occidentales y a la división de tareas entre el legislador democrático y el Tribunal constitucional: el sistema de justicia constitucional europeo, fundado inicialmente como corolario a los sistemas federales y extendido posteriormente al control de todas las leyes<sup>638</sup>, se basa precisamente en la institución de un órgano diferenciado de control, cuya falta de legitimidad democrática directa lo autoriza únicamente a una función de anulación de leyes, haciendo muy difícil su extensión a la creación positiva de Derecho<sup>639</sup>. Por ello, si es cierto que los propios Tribunales constitucionales han ido creando mecanismos que tienden a superar dicha restricción, obligados en cierta medida por la evolución del contexto estatal y de las demandas que se les plantean, se trata todavía de instrumentos excepcionales, que no tienen por lo general una positivación clara en los textos legales y cuyo funcionamiento depende, en gran medida, de la propia dinámica y voluntad del Tribunal<sup>640</sup>.

Así, la obligación de regulación en los derechos sociales positivos –y en la faceta prestacional de otros derechos- ha dado lugar a la creación de nuevas técnicas de control de constitucionalidad, que se plasman en nuevos tipos de sentencias. Ante la controversia

---

<sup>638</sup> Como se sabe, el control de constitucionalidad de las leyes halla en Europa una difícil construcción histórica, dada la concepción del poder judicial que impregnaba la obra de los revolucionarios franceses y la soberanía del Parlamento como órgano representante de la nación y de la racionalidad del sistema político. Por ello, las primeras experiencias de control de constitucionalidad nacen en los estados federales, como mecanismo para el control de las competencias de los distintos entes territoriales en relación con la Federación. Véase FERRERES COMELLA, Víctor; *Una defensa del modelo europeo de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011, p. 39 y ss.

<sup>639</sup> La defensa de la implantación de la jurisdicción constitucional en el modelo kelseniano se basa justamente en la consideración de la función del Tribunal Constitucional como legislativa, porque “anular una ley es dictar una norma general”. Al mismo tiempo, ello implica limitar la función de este órgano a la anulación de las leyes contrarias a la Constitución, actividad en la que tendrá un reducido margen de apreciación por cuanto se trata de la simple aplicación de la norma fundamental. Véase KELSEN, Hans; *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, *op. cit.*, 1995, p. 37 y ss. Sobre la problemática que presenta la jurisdicción constitucional ante las exigencias de la democracia, y los problemas de su justificación y sus límites, FERRERES COMELLA, Víctor; *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007 (2ª ed.), p. 43 y ss, quien se inclina por una justicia constitucional cuyo control se base en una presunción de constitucionalidad de la ley, graduándose en atención a múltiples circunstancias.

<sup>640</sup> Así lo señalan AJA, Eliseo; GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus; “Conclusiones generales”, en AJA, Eliseo (ed.); *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, *op. cit.*, 1998, p. 261, quienes denuncian el riesgo de impredecibilidad que producen estos mecanismos.

doctrinal que ha planteado el control positivo de las regulaciones del legislador, en especial por la determinación de su fundamento y alcance<sup>641</sup>, los Tribunales constitucionales han aceptado en general el control de la regulación legislativa cuando existe un mandato constitucional que impone un deber de legislar, examinando la adecuación del contenido legal a lo que exige la Constitución y orientando, en su caso, al legislador para la reparación de las omisiones de la norma, añadiendo los significados que interpretativamente se desprenden de la Constitución o complementando la función legislativa a través de la determinación de los efectos temporales de la legislación<sup>642</sup>.

Aparecen así, en diversos estados, sentencias que por diversas vías indican al legislador la ausencia de contenidos normativos, obligándolo a ciertas regulaciones que satisfagan el necesario contenido del derecho. Por un lado, a nivel de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, se produce una primera transformación que consiste en la separación entre dicha declaración y la nulidad de la norma, manteniéndose ésta en el ordenamiento hasta que el legislador la modifique afrontando las carencias indicadas por el Tribunal: así se ha establecido expresamente en algunos ordenamientos –Portugal, Alemania<sup>643</sup>–, y se ha realizado en otros por propia iniciativa de los Tribunales –España, Italia<sup>644</sup>–. Por otro lado, más allá de la declaración de inconstitucionalidad, los Tribunales emiten nuevos tipos de sentencias que indican al legislador con una mayor intensidad el contenido de la regulación

---

<sup>641</sup> La doctrina se divide en torno a dos posiciones en cuanto al fundamento de este control, que tiene consecuencias en su alcance. Por un lado, las omisiones del legislador pueden verse como incumplimiento de un mandato de legislar en determinado ámbito, lo que requiere determinar hasta qué punto este mandato obliga al legislador y en qué sentido. Por otro lado, las omisiones pueden entenderse en su sentido normativo, considerando el silencio del legislador como generador de una norma no escrita contraria a la Constitución, lo que plantea el problema del control por los Tribunales de normas no expresas. Véase FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco; *La justicia constitucional. Una visión de Derecho comparado*, Vol. 2, Dykinson, Madrid, 2009, p. 602 y ss.

<sup>642</sup> En este sentido, BREWER-CARÍAS, Allan R.; *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, op. cit., 2011, p. 94 y ss, quien se refiere a las decisiones que posponen los efectos de anulación de la norma.

<sup>643</sup> En Portugal, la propia Constitución establece, a partir de la revisión de 1982, la posibilidad del Juez constitucional de declarar la inconstitucionalidad por omisión, informando al órgano competente para tomar las medidas legislativas necesarias (art. 283.1 y 2). En Alemania, si esta construcción fue puramente pretoriana en origen, a partir de 1970 se introduce en la Ley del Tribunal Constitucional, de 12 de marzo de 1951, la declaración de simple inconstitucionalidad (art. 31) como tipo de sentencias que puede emitir este órgano.

<sup>644</sup> Véase por ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional español 45/1989, en la que considera que la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad no es necesaria cuando la causa de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en la determinación textual del mismo, sino en su omisión, o la Sentencia 96/1996, donde se afirma que la inconstitucionalidad del precepto impugnado debe ser remediada por el legislador, en uso de su libertad de configuración normativa, y en un plazo de tiempo razonable. En Italia, las sentencias de “inconstitucionalidad constatada, pero no declarada”, suponen la exposición por la Corte de la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, pero su no declaración formal, en base a la ponderación de otros principios y valores constitucionales en juego. Véase ROMBOLI, Roberto; “Italia”, en AJA, Eliseo (ed.); *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, op. cit., 1998, p. 112.

que deberían adoptar: aparecen, en Alemania, las denominadas “sentencias apelativas”<sup>645</sup>; y en Italia, las sentencias aditivas, las sentencias aditivas de principio, las sentencias sustitutivas, o las sentencias admonitorias<sup>646</sup>; fórmulas que han sido también acogidas en España, si bien con una cierta prudencia<sup>647</sup>. Asimismo, los Tribunales han utilizado ampliamente la técnica de la interpretación conforme, estableciendo el sentido que debe atribuirse a la norma para ser compatible con la Constitución<sup>648</sup>.

Estas técnicas se desarrollan, así, condicionando en cierto sentido las regulaciones existentes, y estableciendo orientaciones y recomendaciones al legislador para colmar las omisiones que contiene la norma. Es cierto que ante la ausencia total de regulación –el caso de las omisiones absolutas- será difícil exhortar al legislador a la adopción de una determinada legislación, en tanto la ausencia total de norma priva al Tribunal de un objeto de control<sup>649</sup>; pero esta situación se produce actualmente, en los estados continentales europeos, con muy poca frecuencia, teniendo habitualmente todos los derechos sociales un cierto

---

<sup>645</sup> Se trata de sentencias en que el Tribunal Constitucional rechaza la constitucionalidad de una norma, pero la declara todavía constitucional ordenando al legislador tomar a tiempo las medidas necesarias para prevenir su inconstitucionalidad futura. Estas sentencias se han dado en muchos ámbitos, por ejemplo la equiparación de los hijos extramatrimoniales (BVerfGE 25,167), el régimen de los derechos de los reclusos (BVerfGE 33, 1), la expulsión de escuelas sin previsión legal (BVerfGE 41, 251) o la discriminatoria tributación del matrimonio (BVerfGE 23, 242). BEGUIN, Jean-Claude; *Le contrôle de constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, Paris, 1982, p. 266 y ss.

<sup>646</sup> Se consideran sentencias aditivas aquellas en que la Corte constitucional declara la inconstitucionalidad de la omisión de algo por una disposición, o aprecia su inconstitucionalidad en la parte en que no prevé algo, teniendo éstas una gran importancia en materia de derechos sociales, especialmente a través de la operación del principio de igualdad. En las sentencias aditivas de principio, en cambio, la Corte declara inconstitucional un precepto por omisión, estableciendo un principio extraído de la Constitución, conforme al cual debe el legislador efectuar la regulación pertinente. Las sentencias sustitutivas son aquellas en las que la Corte declara inconstitucional un precepto en cuanto contiene una cierta prescripción antes que otra, reconstruyendo la disposición y dotándola de un contenido en sintonía con los principios constitucionales. Las “*sentenze-monito*” son aquellas en las que se formulan recomendaciones o advertencias al legislador, sin llegar no obstante a declarar la inconstitucionalidad de la norma. Véase ROMBOLI, Roberto; “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, 1996, p. 63 y ss.

<sup>647</sup> El Tribunal Constitucional español ha dictado también sentencias adjuntivas, en las que se anula un precepto en cuanto omite determinada previsión (SSTC 29/1986, 142/1990, 134/1996, entre otras), y reorientadoras del enunciado legal, en las que la anulación sirve a la reelaboración del precepto (STC 116/1987). Véase JIMÉNEZ CAMPO, Javier; “Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, *op. cit.*, 1998, p. 186.

<sup>648</sup> Esta técnica ha sido utilizada por todos los Tribunales constitucionales, incluyendo el Consejo Constitucional francés, que ha hallado en la técnica de la “declaración de conformidad bajo reserva” una importante vía de influencia sobre el legislador. FAVOREU, Louis; “La décision de constitutionnalité”, en *Revue internationale de Droit comparé*, vol. 38, 1986, p. 623.

<sup>649</sup> El control de las omisiones absolutas se revela difícil en todos los ordenamientos, por cuanto el control de constitucionalidad de las leyes se ejerce sobre el resultado legislativo, y no sobre la actividad legislativa en sí. Aun así, este control puede realizarse en algunos casos a través de la aplicación directa del derecho fundamental, en su contenido mínimo que se desprende de la Constitución. Véase GAVARA DE CARA, Juan Carlos; “El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho político*, núm. 69, 2007, p. 96 y ss.

desarrollo que permite, a partir de su examen, realizar las indicaciones correspondientes al legislador. Si este impedimento no merma, por tanto, la virtualidad de estas técnicas en cuanto a la garantía de los derechos sociales, sí lo hace en cambio la dificultad que halla el Tribunal a la interpretación de su contenido constitucional y de los límites que impone al legislador: son habitualmente sólo los casos de resultados extremos de las omisiones, y especialmente, los casos en que generan desigualdades entre colectivos, aquéllos en que estos mecanismos despliegan sus efectos. La apertura de las constituciones continentales al legislador en la concreción del contenido de estos derechos se traslada por tanto, asimismo, a su garantía, que deja al órgano democrático un importante espacio de configuración.

Por otra parte, estas técnicas se desarrollan, en la mayor parte de casos, como procedimientos ideados por los propios Tribunales, carentes de una regulación técnica que las establezca y las dote de una cierta seguridad, y dependiendo de la exclusiva apreciación de los órganos de justicia constitucional<sup>650</sup>. Si es cierto que estos órganos quedan vinculados a sus propias decisiones y al mismo texto constitucional, y que por tanto la creación de dichos mecanismos puede ser positiva para la garantía de la eficacia de las disposiciones sociales, la falta de regulación de estos mecanismos contribuye a un cierto mantenimiento de la concepción de la jurisdicción constitucional como legislador negativo, que no se corresponde con la realidad del control realizado. La aceptación y regulación de las posibilidades y límites de estas técnicas supondrían un avance importante en la articulación de la colaboración entre jurisdicción constitucional y legislador, que sería especialmente adecuada para asegurar, por la vía constitucional, la eficacia de los derechos sociales como normas objetivas.

#### ***b) La eficacia subjetiva de los derechos sociales y su garantía***

La eficacia de los derechos sociales en tanto que normas de derecho subjetivo implica la capacidad de atribuir a los particulares una facultad de exigencia de los comportamientos obligatorios a sus destinatarios. El concepto de derecho público subjetivo, formulado inicialmente en la doctrina alemana y acogido posteriormente en todos los ordenamientos continentales, conlleva una concepción del mismo ligada a su exigibilidad judicial, de modo que la garantía de su eficacia subjetiva se inserta en su propia noción: el derecho subjetivo no

---

<sup>650</sup> La regulación de dichas técnicas avanza no obstante en algunos ámbitos. Por ejemplo, en el ordenamiento español la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en su revisión conforme a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, incluye entre los objetos de amparo las omisiones administrativas (arts. 41.2 y 43), y a pesar de que no llegó a aprobarse, el proyecto de dicha ley incluía una previsión referente al control de la insuficiencia normativa, que hubiera podido permitir un control de las omisiones relativas del legislador (art. 39.3 Proyecto de ley).

existe si no es posible su reclamación en sede jurisdiccional, siendo precisamente esta posibilidad lo que determina su consideración como tal. La virtualidad de estos derechos, como límites al poder público, no pasa por tanto únicamente por instituir límites a la actividad reguladora del legislador –eficacia objetiva-: implica también una facultad de activación del derecho constitucional por el particular que deriva directamente de su reconocimiento constitucional, pudiendo éste requerir ante la jurisdicción la realización de las obligaciones correspondientes, incluso en ausencia de desarrollo legislativo.

En los derechos sociales, sin embargo, parece que el reconocimiento y la garantía del derecho se hallan en cierta medida separados: si en los textos constitucionales aparecen, como se vio, disposiciones sociales que tienen estructura de derechos –conteniendo una obligación acabada de realización y no únicamente de promoción-, su eficacia subjetiva se presenta a menudo escindida de dicho reconocimiento, ya sea por una valoración jurisprudencial de dichas disposiciones o bien por expresa decisión del texto constitucional. Ello ocurre, no obstante, únicamente en los derechos sociales a actuaciones positivas, quedando los derechos sociales de libertad exentos de tal problemática: éstos se insertan sin dificultades en la estructura de la Constitución, gozando de eficacia directa y de garantías en algunos casos reforzadas, siendo considerados por tanto como derechos en sentido auténtico.

Los derechos sociales a actuaciones positivas, por el contrario, presentan mayores dificultades en cuanto a la determinación de su eficacia subjetiva directa. La particular forma de determinación de su contenido completo, que por su estructura alternativa y abierta se concreta en una parte importante por el legislador, ha dado lugar a una concepción que modula en cierta medida su eficacia subjetiva, considerando que en numerosos casos la reclamación del derecho no es posible sin una previa concreción y formalización de su contenido por vía legislativa. Ello ha llevado en los diversos estados a un régimen de garantías de esta eficacia que responde a dicha concepción modulada: en los estados donde la Constitución prevé expresamente el régimen jurídico de los diversos derechos, se ha establecido una eficacia subjetiva diferida de la mayor parte de derechos sociales, impidiéndose su alegación directa en sede jurisdiccional (art. 53.3 Constitución española, art. 18.1 Constitución portuguesa *a contrario*); en los demás estados, la jurisprudencia ha condicionado el efecto directo de estos derechos a la identificación en el texto de una

obligación suficientemente precisa y clara, dependiendo por tanto su posible reclamación de la interpretación realizada por el órgano judicial<sup>651</sup>.

Esta concepción de la eficacia de los derechos sociales positivos parte, no obstante, de su consideración como derechos totalmente dependientes del legislador, carentes por tanto de un contenido constitucional propio y definido en la norma fundamental. Es cierto que estos derechos –igual que los derechos clásicos en su faceta prestacional- presentan una estructura alternativa, que admite concreciones y formas de realización diversas, pero ello no impide la deducción de un contenido mínimo o esencial desde la propia norma constitucional, ya sea de forma previa a su regulación legislativa –lo que será actualmente poco habitual-, o ya sea con posterioridad a dicha regulación, permitiendo exigir directamente determinadas prestaciones que hubieran sido establecidas anteriormente por el legislador, como elementos esenciales del derecho que puedan reclamarse en el caso de nuevos escenarios legislativos más restrictivos.

De hecho, incluso en los textos constitucionales más cautos –como el español- existen derechos sociales positivos a los que se reconoce eficacia directa –por ejemplo, el derecho a la educación-. Asimismo, esta eficacia se admite respecto a los contenidos prestacionales que derivan de otros derechos fundamentales, y que presentan también una estructura alternativa dependiente de su configuración por el legislador. El grado de concreción de las obligaciones que implica el derecho social depende de una opción constitucional de cada ordenamiento –recuérdese el nivel de detalle de la Constitución portuguesa-, pero incluso en los casos en que estas obligaciones aparecen de forma más abstracta, dejándose un amplio grado de apertura al legislador, su posibilidad de determinación por el Juez depende en gran medida de los elementos que éste tenga para su “pre-comprensión”, y del grado de consenso que genere el contenido de tal derecho en la comunidad jurídica y social. La dificultad en la eficacia directa de estos derechos no deriva, pues, de una imposibilidad técnica ligada a su especial estructura, sino que se desprende de opciones constitucionales que toma cada Estado en relación con la apertura que desea hacia la democracia, y del grado de sedimentación que adquieren los diversos contenidos en la cultura jurídica del momento.

Así se muestra en la jurisprudencia de algunos órganos jurisdiccionales, que han reconocido eficacia directa a derechos sociales positivos establecidos en los textos constitucionales. Especialmente paradigmática es, a este respecto, la jurisprudencia italiana en relación con diversos derechos sociales, a los que reconoce unos niveles esenciales de prestación que se aplican directamente desde la Constitución y que son invocables por los

---

<sup>651</sup> Este es el sistema utilizado en Francia e Italia, donde los derechos sociales reconocidos en la Constitución no tienen un régimen expreso de garantías, de forma que su eficacia depende de su modo de reconocimiento.

particulares ante la jurisdicción: la Corte Constitucional ha afirmado, en relación con el derecho a la salud, que se trata de un derecho primario y fundamental que impone plena y exhaustiva tutela, directamente aplicable en su faceta defensiva y también en su vertiente positiva, considerando que la exclusión por la jurisdicción ordinaria de cualquier reembolso al particular por tratamientos sanitarios afecta a su garantía, y que impone impedir la constitución de situaciones privadas de tutela, asegurando a las personas sin recursos el derecho a recibir tratamientos gratuitos<sup>652</sup>. Asimismo, el Juez ordinario y administrativo se ha visto en Italia con la obligación de dar aplicación directa a otros contenidos constitucionales, como el derecho a la salubridad del medio ambiente, que la Corte de Casación ha considerado como un derecho incompresible, cuyo reconocimiento constitucional obliga a los poderes públicos a no efectuar actividades insalubres respecto al medio ambiente<sup>653</sup>.

En otros sistemas, sin embargo, la aplicación directa de los derechos sociales positivos se ha revelado mucho más compleja. Al margen de las dificultades materiales que se han referido, que obstaculizan la determinación de un contenido constitucional por el Juez como directamente reclamable por el particular, tampoco los medios procesales existentes en los diversos estados, construidos sobre esta concepción modulada de la eficacia, han facilitado el acceso a la jurisdicción ordinaria de dichas reclamaciones y la elaboración de estos contenidos por dichos órganos. Así, llama la atención que es precisamente en Italia, donde no se distingue entre el régimen de los derechos y se reconoce un amplio acceso a la tutela judicial para la defensa de los propios derechos e intereses legítimos (art. 24.1 Constitución italiana), donde se ha tomado más en serio la obligación judicial de extraer los contenidos que se derivan de las disposiciones constitucionales, condicionando de forma importante la actividad del legislador. En otros sistemas, donde esta tutela no ha sido asegurada claramente a todos los derechos, ya sea por su no reconocimiento en el texto constitucional –Alemania-, por una

---

<sup>652</sup> Véase la Sentencia de la Corte Constitucional italiana n° 922/1988, con la que se establece una nueva concepción del derecho a la salud que modifica sustancialmente el control que venían realizando las jurisdicciones ordinarias, según el cual sólo existía un derecho subjetivo cuando la legislación había establecido todos los elementos del supuesto sin dejar a la Administración ningún margen de discrecionalidad. Ello ha sido concretado en una amplia jurisprudencia, por ejemplo en las Sentencias n° 432/2005, 309/1999, 233/2003). Aunque posteriormente esta jurisprudencia ha sido matizada, el derecho a la salud adquiere en Italia aplicación directa en su nivel de prestación considerado esencial. Véase ROVAGNATI, Andrea; “La pretesa a prestazioni sanitarie nell’ordinamento costituzionale repubblicano”, en *Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Trapani, 8-9 de junio, 2012.

<sup>653</sup> Véase la Sentencia de la Corte de Casación n° 5172/1979. MONACO, Giuseppe; “Spunti sulla tutela dei diritti sociali innanzi al giudice amministrativo”, en *Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Trapani, 8-9 de junio, 2012.

valoración restrictiva del objeto de la tutela judicial –Francia<sup>654</sup>–, o por exclusión expresa por el texto constitucional –España–, los órganos judiciales no han entrado a valorar el contenido constitucional subjetivo de dichos derechos, ni tampoco lo han hecho evidentemente los Tribunales constitucionales, excluyéndose la mayor parte de derechos sociales positivos del recurso directo en aquellos sistemas donde existe –Alemania, España<sup>655</sup>–.

La eficacia subjetiva de estos derechos ha operado, en sede judicial, más bien por otras vías reflejas o alternativas, que se han ido construyendo e ideando por los propios Tribunales y por los operadores jurídicos que los demandan: se han reconocido, así, derechos sociales ligados a la aplicación del principio de igualdad, o bien conectados a otros derechos y principios constitucionales, cuya eficacia subjetiva y garantía judicial se halla plenamente reconocida. Así, por ejemplo, en Alemania el principio de dignidad humana (art. 1.1 Ley Fundamental), interpretado conjuntamente con el derecho a la vida y a la integridad física (art. 2.1 Ley Fundamental) y con el principio de Estado social (art. 20.1 Ley Fundamental) ha dado lugar al reconocimiento del derecho a un mínimo vital de subsistencia, al que se reconoce eficacia subjetiva directa y que es reclamable por recurso directo ante el Tribunal Constitucional<sup>656</sup>.

También en esta línea, se ha reconocido en todos los estados el derecho al igual acceso a las prestaciones que implican los derechos sociales. Si el reconocimiento de estos derechos constitucionales no permite, según la jurisprudencia, la reclamación directa de contenidos al poder público sin previa *interpositio legislatoris*, sí se acepta que, una vez establecidos y organizados dichos contenidos, pueda controlarse el respeto al principio de igualdad en la atribución de las prestaciones, pudiendo el individuo reclamar directamente, al margen de la regulación establecida, un derecho a la igualdad en su tratamiento y en la obtención de dichas

<sup>654</sup> En el sistema francés, el procedimiento del “*référé-liberté*”, por el que se protegen las libertades fundamentales directamente frente a la Administración y poderes públicos (art. 521.2 del Código de justicia administrativa) ha conllevado una interpretación de la noción de “libertades públicas” de la que se excluyen los derechos sociales. El Consejo de Estado ha considerado por ejemplo que el derecho a la salud, aunque sea un principio de valor constitucional, no implica que figure entre las libertades fundamentales a las que se aplica este procedimiento (Sentencia de 8 de Septiembre de 2005). Fuera de este procedimiento, el recurso administrativo típico es el recurso por exceso de poder, que implica una valoración de la actuación administrativa en relación con las exigencias objetivas de la legislación, y no ofrece por tanto un mecanismo subjetivo especial para la tutela de los derechos sociales constitucionales.

<sup>655</sup> En Alemania, esta exclusión se produce por no reconocer expresamente el texto constitucional derechos sociales positivos. En España, la exclusión se recoge expresamente en el artículo 53.2 de la Constitución, donde el recurso de amparo ordinario y constitucional queda limitado a los derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución.

<sup>656</sup> A pesar de una inicial jurisprudencia que negaba esta eficacia subjetiva a este derecho, considerándolo sólo una obligación de los poderes públicos, posteriormente ha sido reconocido como derecho subjetivo, cuyo desarrollo por el legislador es controlado por el Tribunal Constitucional. Véase en especial la Sentencia *Hartz IV* (BVerfGE 125, 175).

prestaciones materiales. Así lo han establecido los órganos de justicia constitucional en los diversos estados, apareciendo los derechos sociales con una dimensión justiciable que resulta en un igual acceso al objeto colectivo regulado<sup>657</sup>, si bien esta aproximación comparte los problemas relativos al juicio de igualdad, sancionando únicamente aquellos casos de extrema desproporción y dejando un importante grado de apertura al legislador.

La eficacia subjetiva directa de los derechos sociales positivos se muestra, pues, ciertamente limitada en la mayor parte de estados, ya sea por las dificultades materiales que genera la determinación en abstracto de su contenido, ya sea por los obstáculos procesales y la ausencia de vías adecuadas que presenta su exigibilidad judicial. Ello deriva, como se ha dicho, de una serie de preconcepciones que han condicionado las opciones constitucionales tomadas en los diversos estados, privando a estos derechos, en el reconocimiento positivo de su eficacia o en la articulación de los medios de garantía, de la capacidad de generar efectos directamente desde la Constitución. No obstante, la existencia en ciertos sistemas de una mayor aceptación de la aplicación directa de estos derechos en vía subjetiva, extrayendo la jurisprudencia los contenidos que encierran, pone de relieve la posibilidad de este tipo de eficacia también en los derechos sociales positivos, estableciendo su contenido de acuerdo con los criterios apuntados y reconociendo, dentro del mismo, la aplicabilidad directa a un núcleo de facultades que representen el nivel esencial del derecho. La eficacia directa de los derechos sociales puede, así, quedar establecida con una cierta modificación de su sentido clásico: si en los derechos de libertad ésta supone su aplicación desde la propia Constitución, otorgando al sujeto la facultad correspondiente al margen de toda actuación pública, en los derechos sociales ésta podría darse una vez establecida la regulación legislativa que concrete el sistema y la organización tendentes a la satisfacción del derecho, otorgando entonces un medio para exigir, del sistema público establecido, la atribución de determinadas prestaciones no reguladas por el legislador, o de reclamar un nivel más alto de realización de las mismas.

La eficacia directa de estas disposiciones se desarrollaría, así, una vez establecido el sistema organizativo que les da cumplimiento: si la creación nueva de dicho sistema no es

---

<sup>657</sup> Véase en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español la Sentencia 19/1982, en relación con el régimen de pensiones de viudez y de jubilación, la Sentencia 45/1989, sobre la igualdad en el trato fiscal y tributario de la familia, en caso de matrimonio o de ausencia del mismo, o la Sentencia 103/1983, en relación con la igualdad de género en el acceso a las pensiones de viudedad. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, véase por ejemplo BVerfGE 9, 338, donde se valora en relación con la igualdad la atribución de un límite de edad de jubilación distinto para las parteras y los médicos; o la BVerfGE 39, 196, sobre la igualdad de género en la atribución de pensiones de viudedad de funcionarios. En Italia, véanse recientemente las sentencias de la Corte Constitucional n°28/2009, sobre la atribución de indemnización a sujetos que han sufrido daños derivados de determinadas operaciones sanitarias; y n°19/2009, sobre los sujetos legitimados a tomar baja de paternidad.

exigible como derecho subjetivo por el particular, correspondiendo libremente al legislador su regulación según su interpretación constitucional, esta forma de eficacia permitiría, en el marco establecido por el legislador, la reclamación de aquellas prestaciones o servicios que se consideraran pertinentes de acuerdo con el contenido constitucional del derecho, y que el legislador no hubiera llegado a prever. Se trataría, en este caso, de una eficacia directa diferida, que esperaría al desarrollo legislativo para operar –dejando al legislador su necesario margen de acción-, pero que conferiría posteriormente al titular una facultad de reclamación en sede judicial, habilitándolo a señalar aquellas prestaciones que, siendo parte del contenido constitucional del derecho, no hubieran sido reguladas por el legislador o hubieran resultado restringidas por nuevas regulaciones. La jurisdicción constitucional debería, en este caso, comunicar las carencias al legislador para que efectuara una nueva regulación, imponiendo en su vertiente subjetiva la realización de tales prestaciones a los órganos públicos en relación con el particular. Se aceptaría así una eficacia subjetiva de los derechos sociales positivos que actúa principalmente a través del legislador –a quien corresponde necesariamente concretar las múltiples opciones que encierran-, pero que tendría también una importante virtualidad desde la Constitución, complementando en aquello que se considere necesario la eficacia de aquellos contenidos que no han sido debidamente concretados por el legislador.

Esta fórmula, similar en su vertiente subjetiva al principio de insuficiencia normativa utilizado en la eficacia objetiva de estos derechos, podría impulsar a los Tribunales en la tarea de interpretación de estos preceptos, obligándolos a valorar si las pretensiones de los particulares se hallan en efecto contempladas por el precepto constitucional. Con ello se contribuiría a la formación de un cuerpo de principios y reglas jurisprudenciales que ayudarían a avanzar en la delimitación del contenido de estos derechos, no negando de plano su eficacia subjetiva sino abriéndola a una mayor participación, para ver en qué casos la tarea del Tribunal puede complementar aquella del legislador.

Ello no implica, evidentemente, que la única garantía posible de la eficacia subjetiva de estos derechos se halle en la vía judicial. La interpretación que se ha propuesto de la eficacia directa diferida se considera importante en un marco en el que, como en los países continentales, la constitucionalización de los derechos sociales ha llevado a inscribirlos en un esquema de derecho subjetivo en el que la garantía se busca primordialmente a través del mecanismo judicial. Pero ello no implica que este tipo de garantía sea la única que pueda entrar en juego en este ámbito, e incluso cabe cuestionar si es conveniente o siquiera posible recluir a los derechos sociales en el esquema de relación que supone la noción de derecho subjetivo. Si la inserción de estos derechos en los textos constitucionales exige una cierta

transformación de las categorías clásicas de los derechos, que deben adaptarse a los contenidos de actuación positiva modificando en cierta medida el concepto de derecho subjetivo clásico; los derechos sociales no se agotan en este esquema modificado, sino que requieren junto a él mecanismos distintos de satisfacción, que no se centren exclusivamente en la vía judicial –limitada en estos derechos- y que permitan su realización a través de instituciones y organizaciones que controlen a los distintos órganos encargados de su realización.

La importancia, más allá del cumplimiento de la legalidad, de la cualidad en la realización de las prestaciones establecidas normativamente introduce un nuevo parámetro en torno al cual debe levantarse el control de los órganos públicos. La difícil valoración de los elementos cualitativos por los órganos judiciales, cuya actuación se circunscribe al control de la legalidad y la discrecionalidad de la Administración, lleva a atribuir importantes funciones a otros órganos estatales o sociales que puedan contribuir a la fiscalización de esta realización: se trata, en esencia, de órganos administrativos, establecidos como instituciones independientes –por ejemplo, los *ombudsmen* existentes en los diversos estados-, o bien como órganos situados dentro de la jerarquía administrativa que ejercen funciones de control, ante los que el particular puede efectuar su reclamación. Asimismo, adquieren relevancia en este contexto, como formas que acompañan a la eficacia subjetiva del derecho, el papel que juegan ciertas organizaciones sociales especializadas que, si bien no son parte de la estructura estatal, pueden actuar para los particulares como plataforma para sus reivindicaciones, otorgando nuevas formas a la garantía subjetiva de estos contenidos y contribuyendo con su trabajo a la mejora de su toma en cuenta por las instituciones estatales<sup>658</sup>.

El elemento cualitativo en la realización de las actuaciones positivas, que se halla ausente, en cambio, en los casos de mera abstención del poder público, requiere la articulación de mecanismos que vayan más allá del control de la legalidad normativa. La estrecha relación con los recursos públicos, que actúa como se vio como límite a la concreción normativa de estos derechos –un límite, en todo caso, controlable y no absoluto-, puede plasmarse asimismo en una realización de menor calidad de las prestaciones, sin que ello tenga reflejo normativo alguno: puede alargarse, en el caso del derecho a la salud, el plazo de espera para una determinada intervención, o puede aumentarse, en el caso del derecho a la educación, el

---

<sup>658</sup> Piénsese por ejemplo en España, en el papel desempeñado por las distintas organizaciones sociales en relación con la garantía del derecho a la vivienda (art. 47.1 Constitución española), en especial en relación con la flexibilización de la normativa que obligaba a las instituciones financieras a no aceptar la dación en pago como mecanismo de cancelación de la hipoteca.

número de alumnos por clase, sin que ello se refleje necesariamente en los textos normativos. La disociación, por tanto, entre el texto de la norma y la realización efectiva del derecho exige la articulación de mecanismos que, más allá de la garantía judicial, permitan el control y la presión de los poderes públicos ante dichas situaciones.

La eficacia subjetiva de los derechos sociales es posible, en definitiva, dentro del esquema de derecho subjetivo, pero no puede agotarse en ella. Si el establecimiento de una eficacia directa diferida podría actuar como complemento al legislador de forma similar a lo que se hace en algunos estados –Italia-, esta forma de eficacia no sería suficiente, sino que la plena realización de los derechos sociales requiere la creación de instituciones y mecanismos administrativos que permitan a los individuos la reclamación ante situaciones de mala calidad o de mala realización de un derecho. La actuación positiva exige pues un control más minucioso, que sólo se consigue a través de la combinación de diversos instrumentos que actúen de forma coordinada para asegurar su plena eficacia.

### **C. La concepción limitada de los derechos económicos**

Los derechos económicos constituyen, junto a los derechos sociales, uno de los tipos normativos que determina a nivel material la acción de configuración del orden social y económico realizada por el poder público. Sus características difieren, no obstante, en gran medida de los derechos sociales: no se trata aquí de tareas que el Estado deba realizar en ámbitos concretos, sino de ámbitos de libertad constituida que el Estado debe respetar, estableciendo los medios para garantizarlos y conciliándolos, al mismo tiempo, con otros derechos e intereses protegidos a nivel constitucional (apartado i). El reconocimiento de estos elementos económicos en el Estado social adquiere relevancia, así, no tanto en atención al contenido individual que garantizan, sino en cuanto a la configuración del mismo que permiten, posibilitando a los poderes públicos la regulación y limitación de sus facultades. Es precisamente esta concepción limitada de los derechos económicos, que se refleja en su régimen jurídico, lo que permite la realización de la actividad de configuración social del Estado, estableciendo las estructuras necesarias para la satisfacción de los elementos sociales pertinentes (apartado ii).

#### **i. El reconocimiento de los derechos económicos y su naturaleza jurídica**

Los derechos económicos se reconocen en todos los estados continentales con una forma jurídica similar a nivel constitucional (apartado a). Esta forma jurídica, que deriva, aparentemente, de su enunciado positivo, queda matizada no obstante si se atiende a su

posición sistemática en las constituciones, y al desarrollo doctrinal y jurisprudencial que han recibido estas disposiciones, modulando su naturaleza. Su reconocimiento como derechos de libertad da paso, así, a una concepción como garantías institucionales que permite, dentro del Estado social, su conciliación con otros intereses (apartado b). Sin embargo, esta relativización de su estatuto no empece a su carácter esencial para el sistema económico, reforzándose recientemente su fuerza jurídica.

*a) Un reconocimiento positivo en forma similar*

El reconocimiento de los derechos económicos se produce en las constituciones continentales actuales con una forma similar, a pesar de tener formulaciones distintas y de utilizar también conceptos un tanto diversos. La afirmación progresiva de estos derechos en el período de formación del Estado liberal, como elementos jurídicos imprescindibles para el funcionamiento de un sistema económico capitalista, ha conllevado no obstante una cierta paradoja en su proceso de reconocimiento histórico, que denota las particularidades de su naturaleza actual: si en el momento cúlpe del Estado liberal estos derechos no tuvieron un amplio reconocimiento en las constituciones, presuponiéndose la función económica de la norma fundamental y garantizándose estos contenidos a través de otra normativa –por ejemplo, las regulaciones supresoras del sistema de gremios y corporaciones<sup>659</sup>, su aparición en los textos constitucionales tiene lugar precisamente cuando su carácter absoluto como fundamento del orden económico y social empieza a ser cuestionado, estableciéndose expresamente en los textos constitucionales de la primera posguerra junto con sus límites y con otras directrices que señalan bienes económicos también tutelados<sup>660</sup>.

Ello muestra el significado que adquiere el reconocimiento de los derechos económicos en los textos constitucionales, ligado a la evolución en la concepción de los derechos fundamentales y del papel de la Constitución estatal. La superación de la visión liberal de los

---

<sup>659</sup> Sobre la relación entre la formación del Estado constitucional y el papel de estos derechos, véase DE CABO MARTÍN, Carlos; *Teoría histórica del Estado y del Derecho constitucional*, Vol. II, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1993, p. 272, quien destaca cómo el sistema capitalista y la garantía de los derechos económicos requieren el establecimiento de un Derecho constitucional que garantice la diferencia entre el ámbito público y el privado. Sobre la función económica inicial de las constituciones, como normas que contenían en las libertades políticas del individuo sus libertades económicas, que resultaban por ello presupuestas, BASSOLS COMA, Martín; *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1988 (2ª ed.), p. 22 y ss.

<sup>660</sup> Así lo indica RUBIO LLORENTE, Francisco; “La libertad de empresa en la Constitución”, en IGLESIAS PRADA, Juan Luis (coord.); *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. I, Madrid, Civitas, 1996, p. 433. Así, por ejemplo, la Constitución de Weimar estableció la realización de la libertad de comercio e industria de acuerdo con una ley del Reich (art. 151.3), y reconoció el derecho de propiedad garantizado por la Constitución, pero cuyo contenido y límites vendría determinado por ley (art. 153).

derechos constitucionales, como límites que el Estado se autoimponía a través de la Constitución, supone la consideración de los derechos y libertades como entidades que existen únicamente en el marco de la norma fundamental, en los términos en que sean establecidas y no como derivados de una existencia previa al Estado. La libertad es pues, también en el ámbito económico, únicamente libertad constituida: en la medida en que ésta existe sólo a partir de su reconocimiento constitucional y dentro del Estado, no existe otra libertad económica que aquella establecida en el texto fundamental, de acuerdo con los límites y el contenido que éste le atribuya.

Evidentemente, el reconocimiento constitucional de estos derechos viene influido por la forma que adquieren históricamente en la formación del sistema económico<sup>661</sup>. Este sistema se construye en los estados continentales a través de una configuración que sitúa progresivamente al mercado, como lugar de libre intercambio entre bienes y servicios, en el centro de su funcionamiento, canalizándose todos los comportamientos económicos a través de negocios jurídicos libremente establecidos entre sujetos privados<sup>662</sup>. Al margen de la discusión sobre si es el propio Estado liberal el que propicia este desarrollo, satisfaciendo las exigencias del momento de la burguesía, lo cierto es que el aumento de este tipo de intercambios y la finalidad de lucro de los diversos individuos darían lugar a un sistema en el que el poder público se retira del ámbito económico –el ámbito, recuérdese, en el que se satisfacen las necesidades humanas a través de la distribución de bienes–, dejando a la libre autonomía del individuo la búsqueda de los mecanismos para realizar aquello que desea o requiere.

Los derechos económicos aparecen, en este contexto, como libertades individuales, que permiten en el orden jurídico liberal la formación y conclusión de contratos jurídicos o el inicio y desarrollo de actividades económicas sin más límite que la propia autonomía de la voluntad. Se trata, por tanto, de derechos de defensa frente a los poderes públicos: su

---

<sup>661</sup> La expresión “sistema económico” designa aquí un concepto extra-jurídico, que hace referencia al modo de producción y distribución de bienes y servicios en un contexto de recursos limitados para la satisfacción de las necesidades humanas. Un sistema económico existe en todos los estados, y pueden darse dentro de él múltiples modelos económicos (economía de mercado, economía socialista, economía mixta). Se trata en todo caso de conceptos económicos, que únicamente adquieren juridificación constitucional cuando algunos de sus elementos se establecen en el texto fundamental. Sobre estos conceptos, TORRES LÓPEZ, Juan; *Economía política*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2002, p. 67 y ss. ROJO, Angel José; “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española”, en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 169-170, 1983, p. 309.

<sup>662</sup> Ello produce como se ha señalado una pérdida del contenido ético y social que caracterizaba anteriormente los intercambios, impregnados de una función social en las sociedades primitivas, donde se hallaban determinados por las relaciones sociales con el grupo, y por regulaciones jurídicas provenientes del uso, la costumbre y la ley. Véase sobre esta evolución POLANYI, Karl; *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Ediciones La Piqueta, Madrid, 1989, p. 122 y ss. WEBER, Max; *Historia económica general*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1964, 4ª ed., p. 236 y ss.

reconocimiento y garantía implica, en su concepción clásica, la atribución al particular de un ámbito de facultades intangibles para el Estado, que habilitan al individuo a actuar conforme a su voluntad, en una relación de supuesta igualdad con los demás sujetos. El Estado deviene así funcional al mercado, limitándose su actividad a la garantía de los derechos que requiere el funcionamiento de este tipo de sistema económico: si por un lado el Derecho privado aporta los instrumentos jurídicos necesarios para garantizar la seguridad jurídica en el ámbito privado, por otro lado el Derecho público se muestra como algo externo respecto al orden social y económico, proporcionando únicamente los medios formales que garantizan y aseguran estos derechos –en especial, los recursos judiciales-<sup>663</sup>.

Posteriormente, no obstante, la concepción de estos derechos evoluciona, como lo hace el tratamiento jurídico que recibe el orden social y económico por el poder público –remárquese que se trata, en realidad, de un mismo orden con componentes sociales y económicos-. La consideración del mercado, no como ámbito completamente autorregulado por la actividad privada de los individuos sino sujeto a la regulación pública del Derecho, que establece condiciones y límites a su actuación, conduce a una concepción de los derechos económicos según la que éstos no se explican por sí mismos, como derechos naturales inherentes al individuo en el estado de naturaleza<sup>664</sup>, sino que se consideran elementos constituidos, dependientes de su regulación por el Estado y del alcance que se les atribuya en su reconocimiento. El mercado pasa a constituir, de este modo, un ámbito que se enmarca y se regula por el Estado: éste no constituye un espacio ajeno al Estado y a la ética, sino que se presenta como un espacio abarcado por el contrato social, que deviene, “como toda forma de vida social, estructurado, funcionalizado, conformado normativamente y constituido jurídicamente en el Estado constitucional”<sup>665</sup>. También la conformación de este espacio, y la configuración, por tanto, de los derechos ligados a la actividad económica, se realiza en los estados continentales por la vía constitucional: estos derechos aparecen como parte de la

---

<sup>663</sup> A pesar de ello, se ha señalado que el Estado mantenía en esta época un elevado intervencionismo en ciertos ámbitos clave para el desarrollo del capitalismo, fomentando la iniciativa privada y la actividad económica, así como la caridad respecto a la pobreza. Ello no se reflejó no obstante en las constituciones, quedando como parte de la política estatal administrativa. Véase BASSOLS COMA, Martín; *Constitución y sistema económico*, op. cit., 1988 (2ª ed.), p. 25 y ss. CASSESE, Sabino; *La nuova Costituzione economica*, Laterza, Roma, 2012.

<sup>664</sup> En este sentido, como se sabe, LOCKE, John; *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Alianza Editorial, 1990, p. 102-103, para quien el Estado debía únicamente garantizar los derechos preexistentes del hombre, inherentes a su naturaleza humana.

<sup>665</sup> Así lo expresa HÄBERLE, Peter; “Siete tesis para una teoría constitucional del mercado”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, 2006, p. 13, para quien el mercado está conformado por la Constitución, no siendo dado por la naturaleza sino formando parte del orden constitucional vivo, en un espacio cultural del que también forma parte la economía.

conformación económica que realiza el Estado, siendo elementos constitucionales del orden económico regulado<sup>666</sup>.

Se ha hablado, en este sentido, de una “constitución económica” que se insertaría a través de estos derechos y de otras disposiciones en la constitución política del Estado<sup>667</sup>. El concepto ha generado, no obstante, una amplia controversia, y no se ha aclarado su significado normativo<sup>668</sup>. Es evidente, por un lado, que las constituciones contienen disposiciones materiales sobre el ámbito económico, que vinculan efectivamente al Estado, pero la identificación de estos preceptos con la imposición desde el texto fundamental de un determinado modelo económico presenta muchos más problemas, y a pesar de haber sido defendida por múltiples sectores doctrinales<sup>669</sup>, ha sido rechazada por la jurisprudencia constitucional en diversos estados: el Tribunal Constitucional Federal alemán ha establecido

<sup>666</sup> Sobre la actividad reguladora del Estado como instrumento de realización del Estado social, véase *infra* Sección III.A.

<sup>667</sup> El concepto se acuña en Alemania por la Escuela de Friburgo, inicialmente por Walter EUCKEN en el ámbito económico, y se traslada al ámbito jurídico por Franz BÖHM, para quien designa el orden económico elaborado por el Estado, en una decisión entre una administración centralizada de la economía y una economía de mercado. Las consideraciones de la teoría ordoliberal, que considera a la actividad del Estado como imprescindible para el mantenimiento de un orden económico liberal, se plasman en el ámbito jurídico con el debate acerca de la constitución económica en la Ley Fundamental de Bonn, intentando esclarecer cuál es el modelo económico que se ha adoptado como decisión constitucional fundamental. Véase REICH, Norbert; *Mercado y Derecho. Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana*, Editorial Ariel, Barcelona, 1985, p. 43 y ss.

<sup>668</sup> Se ha observado que, en un sentido prescriptivo, imponiendo un determinado modelo, esta noción sería perturbadora para el orden económico, mientras que en un sentido descriptivo, como enumeración de las disposiciones económicas que contiene la Constitución, sería una noción superflua. ALBERTÍ ROVIRA, Enoch; *Autonomia política i unitat econòmica. Les dimensions constitucional i europea de la lliure circulació i del mercat*, Institut d'Estudis Autònoms, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1993, p. 165.

<sup>669</sup> En Alemania, fue principalmente NIPPERDEY quien defendió la garantía de una economía de mercado por la Ley Fundamental, basándose en su artículo 2, que garantizaría la libre actividad económica, la libertad de empresa, y especialmente la libre competencia, en un sistema de “economía social de mercado”, debiendo ser cualquier acción del Estado contrastada con el sistema de mercado establecido a nivel constitucional. Otros autores, como SCHEUNER o BADURA siguieron esta línea, dando prioridad a la libertad de mercado y a la propiedad sobre los principios sociales. Otro sector, representado entre otros por ABENDROTH, DÄUBLER O HÄBERLE, daba un mayor peso a la vinculación social de la propiedad y a las posibilidades constitucionales de socialización de la economía. En una posición intermedia, HUBER defendía la consagración de un sistema mixto. Véase sobre este debate, EHMKE, Horst; “Economía y Constitución”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, 2006, p. 344 y ss. HUBER, Hans-Rudolf; *Administración autónoma de la economía*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967, p. 29 y ss. También en España, ciertos autores, como ARIÑO, y más matizadamente MENÉNDEZ, se han pronunciado a favor de la garantía de un modelo de economía de mercado por la Constitución. En contra, otros autores, como GARCÍA-PELAYO, GARRORENA, BASSOLS o DE JUAN, han considerado que no existe en la norma fundamental una garantía de tal modelo, sino que se establece un marco abierto de opciones para el legislador. Véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *et alter*; *Principios de Derecho público económico*, Comares, Granada, 2001, p. 130 y ss. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio; *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1982, p. 34. GARCÍA-PELAYO, Manuel; “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en MANUEL RAMÍREZ (ed.); *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza: Libros Pórtico, 1979, p. 51. GARRORENA MORALES, Ángel; *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, op. cit., 1984, p. 95. DE JUAN ASENJO, Oscar; *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 54 y ss.

que la Ley Fundamental no contiene determinación o garantía de modelo económico alguno, reconociendo esencialmente los derechos fundamentales clásicos, pero dejando la reglamentación económica al legislador, quien tendrá que decidir libremente al respecto dentro de los límites establecidos en la Constitución<sup>670</sup>; el Tribunal Constitucional español, por su parte, ha considerado que la Constitución española contiene normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, pero no ha visto en ellas la existencia de un modelo económico concreto, considerando la norma fundamental como un marco abierto de opciones para el legislador<sup>671</sup>.

Las constituciones, pues, a pesar de introducir el sistema económico como objeto de su regulación, no comportan la sanción de un modelo determinado, sino que únicamente parten del sistema económico existente para garantizar ciertos de los elementos que se consideran relevantes, abriendo al mismo tiempo vías al legislador para su posible transformación. Con ello, la norma fundamental no acoge un modelo liberal de mercado, ni se inclina por una economía completamente socializada: simplemente consagra los aspectos fundamentales del sistema, permitiendo su evolución dinámica en el tiempo y sujetando, no obstante, este cambio a la exclusión de modelos extremos que nieguen los componentes constitucionalizados<sup>672</sup>.

Los derechos económicos constituyen, por tanto, elementos del orden económico que se establecen a nivel fundamental, con un reconocimiento en una forma relativamente similar en las constituciones continentales. Se reconoce en primer lugar, una libertad que consiste en iniciar y ejercer actividades económicas, establecida bajo diversas formulaciones: si históricamente se hallaba habitualmente bajo la denominación de libertad de comercio e industria, actualmente se reconoce a través de expresiones como la libertad de profesión (art. 12.1 Ley Fundamental alemana), la libertad de emprender (deducida del art. 4 Declaración

---

<sup>670</sup> Véase BVerfGE 4, 7; 7, 337; 50, 290. Como se ha señalado, nunca el Tribunal Constitucional alemán ha tomado como parámetro de constitucionalidad la adecuación de medidas legales a la economía de mercado, ni tampoco se han evaluado éstas a la luz de un hipotético contexto institucional de la constitución económica, ni desde su fidelidad a los principios de la libre competencia. Véase PAPIER, Hans-Jürgen; "Ley Fundamental y orden económico", en BENDA, Ernst; *et alter*; *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2001, p. 562.

<sup>671</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional español 1/1982, que se sitúa en la línea de aquello ya avanzado por el Voto particular del Magistrado Díez-Picazo a la Sentencia 37/1981, donde se admitía la existencia de diversos modelos económicos posibles en la Constitución.

<sup>672</sup> Así lo señala GARCÍA-PELAYO, Manuel; "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", *op. cit.*, 1979, p. 41 y ss, para quien se produce en la Constitución española una constitucionalización del sistema de mercado, dentro del que caben diversos modelos posibles (economía libre de mercado, economía social de mercado, o economía dirigida de mercado).

francesa de 1789), la libertad en la iniciativa económica privada (art. 41.1 Constitución italiana, art. 61.1 Constitución portuguesa), o la libertad de empresa (art. 38 Constitución española). Ésta se ve complementada, además, por otras disposiciones constitucionales que completan su contenido, para aquellos ámbitos en que el precepto en cuestión no cubra la actividad realizada: así ocurre, por ejemplo, en el ordenamiento alemán, donde la cláusula general sobre la libertad de acción (art. 2.1) actúa en defecto de protección por el derecho fundamental específico<sup>673</sup>. Esta libertad comprende asimismo, como se verá, otras más concretas, como la libertad de contratación o la libertad de disposición del empresario.

Asimismo, aparece como derecho ligado al sistema económico de mercado el derecho de propiedad, que se reconoce en términos similares en todas las constituciones continentales. A diferencia de los países escandinavos, donde el reconocimiento constitucional de la propiedad genera históricamente mayores problemas, este derecho aparece en los ordenamientos continentales desde las primeras revoluciones liberales<sup>674</sup>, subsistiendo hasta los textos actuales, si bien con un significado renovado que se plasma en un reconocimiento similar en todos ellos. Se establece, en primer lugar, la garantía de la propiedad, remitiendo posteriormente a las leyes la definición de su contenido y límites, y estableciendo la vinculación de su uso al interés público o a la función social, determinándose por último las garantías que rodean el instituto de la expropiación (art. 14.1 Ley Fundamental alemana, arts. 2 y 17 Declaración francesa de 1789, art. 42 Constitución italiana, art. 62 Constitución portuguesa, art. 33 Constitución española).

### ***b) Una relativización de su reconocimiento positivo***

El reconocimiento que adquieren las libertades económicas en los textos constitucionales como derechos subjetivos resulta en cierta medida matizado, si se atiende a su posición sistemática y a las garantías que se les atribuyen, que denotan una concepción hasta un cierto punto modulada de su naturaleza clásica. Se ha dicho, en este sentido, que en su concepción adquiere mayor fuerza su vertiente objetiva, estableciéndose, más que en un sentido subjetivo, como garantías institucionales que la norma fundamental asegura en el ámbito económico. Sin embargo, no cabe tampoco atribuir a dicha matización un significado alejado del que ha

---

<sup>673</sup> A pesar de ciertas interpretaciones, que han visto en este precepto un derecho fundamental autónomo a la libertad económica entendida como libertad empresarial de disposición, ello ya se halla cubierto por el artículo 12.1 de la Ley Fundamental. Véase PAPIER, Hans-Jürgen; "Ley Fundamental y orden económico", *op. cit.*, 2001, p. 595.

<sup>674</sup> Su reconocimiento en la etapa liberal clásica implicaba una concepción muy amplia de este derecho, que incluía también la libertad de empresa. Así lo afirma GARCÍA VITORIA, Ignacio; *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 106 y ss.

tenido en la práctica: si a nivel teórico se ha argumentado que estas libertades tienen un mayor contenido institucional, habilitando por tanto a una mayor configuración del legislador, en la práctica, y especialmente a partir de la tendencia neoliberal de los años ochenta, han seguido manteniendo una importante fuerza en sentido subjetivo, como baluartes de una actividad económica libre que rehúye especialmente la regulación legislativa.

No quiere negarse, con ello, la transformación que supone un reconocimiento y tratamiento jurisprudencial de estos derechos que dista mucho de su concepción liberal pura. Estas libertades se consagran en las constituciones continentales en un lugar alejado del encabezamiento constitucional, tras la mención específica de otros derechos considerados de mayor relevancia, y a menudo tras la previsión de ciertos contenidos sociales. En algunos casos, reciben incluso un régimen de garantías de menor nivel que otros derechos fundamentales<sup>675</sup>, lo que implica, como ha señalado la doctrina, que se conciben de forma menos conexa a la dignidad y al libre desarrollo de la persona, modificándose su percepción inicial como componentes esenciales de la libertad del individuo<sup>676</sup>.

El reconocimiento constitucional de estos derechos, cuyo contenido se sujeta, como se verá, a la configuración por el legislador y puede ser limitado, en distintos niveles, por la confluencia de otros intereses sociales, ha llevado en algunos estados a la consideración de estos derechos como garantías institucionales, en los que su dimensión objetiva, de acuerdo con la configuración realizada por el legislador, sería predominante sobre su vertiente subjetiva, cuyo contenido vendría delimitado por la primera<sup>677</sup>. Así lo ha establecido, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, reconociendo en el derecho de propiedad una

---

<sup>675</sup> Es el caso, por ejemplo, de la Constitución española, donde tanto el derecho de propiedad (art. 33) como la libertad de empresa (art. 38) se ubican en la Sección 2ª del Capítulo II del Título I, por lo que no están sujetos a reserva de ley orgánica, ni gozan de la protección judicial preferente y sumaria ante los Tribunales ordinarios, ni de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2). Algo similar ocurre en la Constitución portuguesa, donde el derecho a la libre iniciativa económica privada (art. 61) no goza de las garantías previstas para los “derechos, libertades y garantías” reconocidos en su Título II.

<sup>676</sup> Si ésta era la concepción inicial de los liberales clásicos, a partir de la era industrial se debilita la conexión entre la libertad económica y libertad personal, con el auge de la gran empresa que se percibe como una realidad social compleja. Véase GARCÍA VITORIA, Ignacio; *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, op. cit., 2008, p. 68.

<sup>677</sup> En relación con la propiedad, esta concepción se desarrolla en el período de Weimar por Martin WOLFF, y sería desarrollada por SCHMITT, como noción que no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Véase WOLFF, Martin; “Constitución del Reich y propiedad”, en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 1, 2007, p. 290 y ss. Sobre el concepto de garantía institucional, véase *supra* Sección II.B.i.b.

“vertiente institucional y una vertiente individual”, considerándolo como “derecho subjetivo debilitado”<sup>678</sup>.

Sin embargo, la utilización en este ámbito de la categoría de garantía institucional lleva a confusiones y no permite discernir en propiedad la naturaleza de estas entidades. Si en su sentido original la garantía institucional se oponía al concepto de derecho fundamental, designando a aquellas entidades cuyo régimen dependía por entero de la voluntad del Estado –como ámbitos no ligados a una libertad previa a la Constitución-<sup>679</sup>, la identificación de los derechos económicos como tales no implica más que su consideración como ámbitos de libertad constituida, algo que no los diferencia de los demás derechos fundamentales. Este significado pierde, pues, sentido en un marco en que todos los derechos fundamentales tienen su fuente en la Constitución, y en que éstos adquieren además una doble vertiente subjetiva y objetiva: puesto que, si todos ellos tienen una dimensión institucional que vincula a los poderes públicos, y que se identifica con la garantía de su contenido esencial, parece que las categorías de derecho fundamental y garantía institucional se aproximan de tal manera que se confunden dentro de la noción misma derecho, siendo difícil su separación<sup>680</sup>.

Es cierto, evidentemente, que pueden existir en las constituciones garantías institucionales que no impliquen derechos fundamentales –piénsese en el clásico ejemplo de la autonomía universitaria o de la autonomía local-. Puede pensarse así que los derechos económicos, identificados como garantías institucionales, pudieran perder toda su dimensión subjetiva, estableciéndose únicamente como elementos objetivos que el legislador debiera garantizar. Sin embargo, su reconocimiento haciendo referencia a los términos “derecho” o “libertad”, junto con la previsión de un régimen de garantías similar al de otros derechos, sin excluir su eficacia subjetiva, hace difícil considerarlos como elementos carentes de toda dimensión individual, que constituyan únicamente aspectos objetivos del ordenamiento<sup>681</sup>.

<sup>678</sup> Véase la STC 111/1983, donde se considera el derecho de propiedad como debilitado, por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación.

<sup>679</sup> Ello tenía sentido en el marco de la Constitución de Weimar, donde no estaba clara la eficacia de los derechos fundamentales frente al legislador, de modo que la argumentación a favor de esta eficacia se hizo partiendo de su consideración como derechos pre-estatales, que el poder público necesariamente debía reconocer y respetar. Véase SCHMITT, Carl; *Teoría de la Constitución*, op. cit., 1982, p. 174 y ss. CRUZ VILLALÓN, Pedro; “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 58 y ss.

<sup>680</sup> En este sentido, HÄBERLE, Peter; *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, op. cit., 2003, p. 221. En el ordenamiento español, la proximidad entre derechos fundamentales y garantías institucionales ha sido resaltada por BAÑO LEÓN, José María; “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, en op. cit., 1988, p. 169 y ss.

<sup>681</sup> El régimen de garantías varía no obstante entre los diversos estados, como se verá. En algunos de ellos, como España y Portugal, estos derechos no gozan de las garantías máximas que se atribuyen a otros derechos, si bien tienen eficacia subjetiva directa. Véase *infra* Sección III.C.iv.

La identificación en estos derechos de una mayor vertiente institucional se debe situar, en cambio, en otro orden de ideas. Si ello no implica considerar estos derechos como únicos derechos constituidos, ni puede privarles de su contenido subjetivo, sí puede significar que su contenido subjetivo, como haz de facultades que se atribuye al sujeto titular, quede determinado en mayor medida por el legislador, a pesar de tener un núcleo esencial protegido por la Constitución. La referencia, en todos los estados, a una función social o al interés público o general en el mismo precepto en que se reconoce el derecho, estableciéndose como elemento que delimita su propio contenido o que se instituye como límite al mismo, puede suponer una mayor entrada del legislador en la determinación de las facultades que implica el derecho, conciliándolo con otros intereses y condicionando los aspectos que son exigibles como derecho subjetivo. Ello dependerá, no obstante, del reconocimiento y tratamiento jurisprudencial de estos derechos en cada estado, que difiere como se verá en cuanto a la cuestión de fondo: en unos casos, habrá tendencia a considerar que estos derechos son algo jurídicamente sustantivo antes de su delimitación por ley; en otros, se entenderá en mayor medida que éstos reciben todo su contenido del legislador, en la interpretación concreta que realice de la función social y el interés general<sup>682</sup>.

En todo caso, dentro de estas distintas tendencias, las constituciones continentales comparten como rasgo común el mayor carácter institucional de estos derechos, que, si bien siguen manteniendo su vertiente subjetiva, no se conciben como ámbitos de libertad absoluta que atribuyan al particular la facultad de realizar todo comportamiento. Éstos se entienden, en el contexto del Estado social, como elementos de igual rango respecto a otros derechos, reconocidos en un marco constitucional que protege también otros bienes e intereses, y con los que deben compatibilizarse. La intervención del legislador en la determinación de estos contenidos habilita, en este sentido, a una mayor conciliación de sus facultades subjetivas con otros intereses: en la medida en que lo considere necesario, el legislador podrá a través de su regulación moldear el contenido del derecho, delimitándolo en cierto sentido o restringiéndolo en aras a la realización de otros bienes sociales constitucionalmente protegidos.

## **ii. El carácter limitado de los derechos económicos**

El estatuto jurídico debilitado de los derechos económicos en los textos constitucionales se refleja asimismo en su régimen jurídico, que difiere en cierta medida respecto a otros derechos constitucionales. Como elementos materiales que condicionan la configuración

---

<sup>682</sup> Esta es la cuestión de fondo, como la expone BASSOLS COMA, Martín; *Constitución y sistema económico*, *op. cit.*, 1988 (2ª ed.), p. 120.

social y económica realizada por el poder público, estos derechos no se presentan como elementos absolutos, sino que admiten una importante incidencia de los intereses sociales en la delimitación de su contenido (apartado a), así como en el establecimiento de límites a su ejercicio (apartado b). Las garantías normativas de su contenido adquieren, asimismo, una menor intensidad, siendo difícil la determinación de un contenido esencial intangible de estos derechos, y admitiéndose incluso su sustitución por un equivalente económico (apartado c). Ello habilita, como se verá posteriormente, una intensa actividad de configuración social del poder público, que no se halla limitado por los derechos económicos, más allá de un cierto contenido mínimo que se deduce de la Constitución.

***a) La presencia de intereses sociales en la delimitación de los derechos económicos***

La delimitación de los derechos económicos se realiza, como en los demás derechos, por el Tribunal constitucional, a partir de la interpretación de su enunciado en la norma fundamental. La descripción de su contenido en el propio precepto actúa en este caso como continente de la delimitación, describiendo el conjunto de facultades que confiere al titular y el ámbito en que por tanto se extiende la protección del mismo. La modificación de su interpretación clásica se plasma en el propio enunciado de estos derechos, que hace referencia no únicamente a las facultades de libertad o defensa que se atribuyen al titular, sino también, en la mayor parte de casos, a las obligaciones que el derecho comporta para el mismo: éste establece ciertos intereses a los que debe servir el derecho o prevé su sujeción al bien general, condicionando así la protección atribuida, y determinando la interpretación de su contenido por los Tribunales constitucionales.

La referencia a la vinculación social de los derechos económicos aparece en todas las constituciones continentales –a excepción del caso francés, donde rige la Declaración de 1789-, con diversas formulaciones. En relación con el derecho de propiedad, ello es especialmente patente: se establece, en unos casos, que “la propiedad obliga”, y que “su uso deberá también servir al bien común” (art. 14.2 Constitución alemana), y en otros, se habla de su “función social” (art. 42.3 Constitución italiana, art. 33.2 Constitución española), y de hacerla “accesible a todos” (art. 42.3 Constitución italiana). En relación con la libertad de empresa, la vinculación social no es textualmente tan clara: se hace referencia habitualmente a la regulación de su ejercicio o modalidades de ejercicio por la ley, pero se añaden sólo en algunos casos referencias a su ejercicio conforme al “interés general” (art. 61 Constitución portuguesa), o “sin oponerse a al interés social o de tal modo que inflija un perjuicio a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana” (art. 41.2 Constitución italiana). Sin embargo,

incluso en los casos en que esta vinculación social no aparece expresamente, el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa conlleva para este derecho unos límites inmanentes que inciden en la delimitación de su contenido, obligando a hacerlo compatible con otros intereses: por ejemplo, derechos sociales, las exigencias de la cláusula del Estado social o el principio de igualdad<sup>683</sup>.

A pesar de dichas referencias textuales, la vinculación social de los derechos económicos ha generado controversias, en especial acerca de su proyección, bien como elemento que determina su contenido—que afecta, por tanto, a la delimitación de las facultades protegidas—; o bien como aspecto que fundamenta límites y restricciones a un contenido autónomamente determinado, sin referencia a estos elementos sociales. En general, es evidente que la inserción de estos derechos en un marco constitucional único, determinado además por el principio de unidad de la Constitución, supone la existencia en el texto fundamental de otros bienes constitucionales que actúan como límites inmanentes, y que inciden por tanto en la delimitación de estos derechos, no pudiendo proteger situaciones que vulneren otros bienes o derechos constitucionales<sup>684</sup>. Pero además, ello se halla establecido expresamente en el propio enunciado de estos derechos, que hacen referencia a su coordinación con otros contenidos de carácter social o de interés general. Ello implica, en todos los estados, que su contenido se halla delimitado también por elementos sociales, que inciden en las facultades individuales del titular y pueden, por tanto, matizar su contenido.

Ello resulta especialmente claro en relación con el derecho de propiedad en los ordenamientos continentales, donde la propia Constitución contiene una noción renovada de este derecho que no reproduce los esquemas del liberalismo clásico —no se identifica, por tanto, con el contenido que recogen los códigos civiles—<sup>685</sup>. Es evidente, en este caso, la entrada en el contenido del derecho de otros intereses más allá de la utilidad individual, pero

---

<sup>683</sup> En este sentido, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional español 227/1993, donde se estableció que este derecho se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos.

<sup>684</sup> En este sentido, en relación con la libertad de empresa, GARCÍA VITORIA, Ignacio; *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, *op. cit.*, 2008, p. 194.

<sup>685</sup> Sobre esta evolución en los estados continentales, véase LÓPEZ LÓPEZ, Ángel M.; “El derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites”, en MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; MORENO VIDA, María Nieves (dirs.); *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, p. 251. Aun así, se ha señalado que el concepto constitucional de propiedad sigue partiendo en Alemania del concepto del código civil, al que se añaden nuevos contenidos. Véase KIMMINICH, Otto; “La propiedad en la Constitución alemana”, en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (coord.); *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 152 y ss.

el problema surge a la hora de determinar en qué medida estos intereses pueden reducir las facultades individuales del propietario, y hasta qué punto puede el legislador concretar e intensificar esta vinculación social del derecho sin incurrir en su completa desnaturalización<sup>686</sup>. El legislador podrá, en aplicación de la función social del derecho, modificar su contenido en distintas formas, ya sea reduciendo las facultades que se atribuyen, estableciendo condiciones para su ejercicio, o fijando cargas y obligaciones para el propietario<sup>687</sup>. Pero no resulta claro si podrá, en virtud de la habilitación constitucional, configurar con total libertad el contenido del derecho, disponiendo por entero de las facultades que comprende; o bien si en la concreción realizada resultará limitado, y hasta qué punto, por un contenido individual que se desprenda de la norma constitucional<sup>688</sup>.

Cabe plantear, a este respecto, si las distintas expresiones utilizadas en los textos constitucionales -“bien común”, “función social”, “accesible a todos” “interés general”- suponen posibilidades distintas de concreción para el legislador, y si tienen desde la propia Constitución efectos para este derecho. En Alemania, la vinculación social de la propiedad se ha entendido en el sentido de que impone obligaciones positivas al propietario, comprimiendo el derecho a disponer de la cosa libremente y a excluir toda injerencia de los demás más allá de las obligaciones que impone la legislación civil<sup>689</sup>. Estas obligaciones deben fundamentarse en la realización del bien común, lo que como expresión indeterminada posibilita una amplia variedad de concreciones, por lo que se han dado en la doctrina

---

<sup>686</sup> En este sentido, BARNÉS VÁZQUEZ, Javier; “El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978”, en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (coord.); *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, op. cit., 1995, p. 27.

<sup>687</sup> En este sentido, LOPEZ LOPEZ, Ángel M.; *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 64.

<sup>688</sup> La función social de la propiedad tiene origen en una transformación desde su significado liberal, considerándose objeto de protección no toda propiedad sino sólo aquella merecedora de tutela por la sociedad. En una segunda transformación se formula la teoría del abuso de derecho, según la que se produce abuso cuando la propiedad no se ejerce de acuerdo con su finalidad normal, impidiendo el arbitrio caprichoso de su titular. Finalmente, ello desemboca en la idea de la función social, que ligada a la obra de DUGUIT suponía la consideración únicamente de lo que la regla de la solidaridad social imponía a los individuos, suprimiendo por completo el derecho subjetivo. Ello dará lugar a la concepción de la propiedad que se plasma en los textos constitucionales, combinando el derecho subjetivo y las obligaciones que comprende. Véase sobre esta evolución LÓPEZ LÓPEZ, Ángel M.; “El derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites”, op. cit., 2002, p. 251.

<sup>689</sup> El deber inherente a la propiedad tiene un profundo anclaje en el ordenamiento alemán, destacado especialmente por Otto GIERKE y reconocido por legislación y jurisprudencia en muchas aplicaciones particulares: entre otros, piénsese en el deber de conservar las fincas de acuerdo con las normas de policía, los deberes de limpieza de las calles e iluminación de las casas, o los deberes de retirada y poda de árboles. Véase sobre ello WOLFF, Martin; “Constitución del Reich y propiedad”, op. cit., 2007, p. 294.

múltiples opiniones<sup>690</sup>. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha establecido, no obstante, que la función social de la propiedad se relaciona estrechamente con el significado de este derecho para el individuo, representando una esfera de propiedad garantizada jurídicamente que le permita vivir entre sus semejantes como persona, esto es, libre y responsablemente<sup>691</sup>. Las obligaciones que implica la función social van más allá, así, de lo que impone el concepto civil de propiedad, obligando positivamente al titular a orientar el uso de la misma de tal manera que se fomente el bien común, en un alcance, no obstante, que está abierto a la evolución según el curso de las cambiantes concepciones sociales<sup>692</sup>.

También en Francia la mención al “interés general” como elemento que justifica limitaciones al derecho de propiedad se ha entendido en un sentido amplio, que habilita al legislador a una gran variedad de regulaciones: éstas deben estar justificadas en la necesidad pública, ya sea por motivos de valor constitucional o de valor inferior, lo que atribuye al legislador un amplio margen de maniobra<sup>693</sup>. En Italia, la Corte Constitucional ha considerado que la función social de la propiedad forma parte de su contenido constitucional, legitimando, de un lado, las limitaciones de la propiedad privada motivadas por la necesidad de garantizar otros derechos o valores constitucionales, y de otro lado, circunscribiendo la posibilidad legislativa de restricción a los casos en que ésta tenga por finalidad asegurar la función social<sup>694</sup>.

En la Constitución española, la función social se ha entendido referida a los deberes específicos que entraña cada tipo de propiedad, que se añaden a las facultades de uso, disfrute y disposición sobre el bien<sup>695</sup>. Si este deber deriva de la naturaleza de la cosa, también por

---

<sup>690</sup> Por un lado, se ha entendido que, a pesar del tenor literal del artículo 14.1 de la Ley Fundamental, no se produce una entrega al legislador del completo contenido de este derecho, sino que supone sólo una habilitación para concretar su organización, de acuerdo con la naturaleza de un instituto jurídico que debe cumplir su función en la vida de la colectividad; por otro lado, se ha considerado, de forma más amplia, que el legislador puede efectuar cualquier regulación siempre que se sitúe entre los dos extremos que suponen el reconocimiento del derecho a la propiedad privada y el imperativo social que impone el artículo 14.2 de la Ley Fundamental. Véase HESSE, Konrad; *Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha*, op. cit., 1998, p. 344. STOBER, Rolf; *Derecho Administrativo Económico*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992, p. 158.

<sup>691</sup> BVerfGE 24, 389.

<sup>692</sup> Así lo expone KIMMINICH, Otto; “La propiedad en la Constitución alemana”, op. cit., 1995, p. 156.

<sup>693</sup> El Consejo Constitucional ha admitido tanto motivos de interés general de valor constitucional, como la preservación del pluralismo de la prensa o la protección de la salud pública, como motivos de valor inferior, por ejemplo la protección de los consumidores. Véase MONTGOLFIER, Jean-François; “Le Conseil constitutionnel et la propriété des personnes privées”, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 31, 2011.

<sup>694</sup> Véase la Sentencia de la Corte Constitucional núm. 138/1984. MEZZETTI, Luca; *Diritto costituzionale. Manuale breve*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 484.

<sup>695</sup> BARNÉS VÁZQUEZ, Javier; “El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978”, op. cit., 1995, p. 40. Según el autor, la propiedad urbana lleva aparejado un deber de construir, la propiedad cultural un deber

decisión del legislador pueden imprimírsele connotaciones o sesgos diversos en cada tiempo y lugar, lo que da lugar a una pluralidad de estatutos de la propiedad: así, frente a algunos sectores que han visto en el derecho de propiedad la existencia de ciertos límites identificados con el uso privativo del derecho<sup>696</sup>, otros han argumentado a favor de una habilitación más amplia al legislador, que le permita concretar en las múltiples formas de propiedad el contenido del derecho, imponiendo deberes y obligaciones al propietario en atención a otros intereses generales, que serán admisibles mientras no supongan una privación total del derecho<sup>697</sup>. El Tribunal Constitucional ha considerado la función social como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada, entendiendo que este derecho protege un haz de facultades individuales pero también implica “un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir”<sup>698</sup>.

El debate no debe esconder, no obstante, el cambio que se opera en los propios textos constitucionales en la concepción de este derecho. Al margen del distinto grado de sujeción que presente la actividad legislativa, el contenido del derecho integra, ya desde la propia Constitución, la consideración de intereses sociales o generales, que determinan la extensión y el uso de las facultades individuales. Sin embargo, tampoco ello debe sobredimensionarse, atribuyéndole consecuencias que no ha tenido en la práctica. Si la función social de la propiedad ha permitido un cambio en la concepción de este derecho, su relevancia se ha visto matizada en los últimos tiempos, por la poca incidencia que tiene en las nuevas formas de

---

de conservar, la propiedad forestal un deber de conservar y repoblar, la propiedad agraria un deber de cultivar y mejorar la tierra.

<sup>696</sup> En este sentido, ARIÑO ORTIZ, Gaspar; *et alter*; *Principios de Derecho público económico*, op. cit., 2001, p. 163 y ss, quien critica que el Tribunal Constitucional no haya definido con mayor precisión el contenido esencial de este derecho.

<sup>697</sup> En este sentido, véase LEGUINA VILLA, Jesús; “El régimen constitucional de la propiedad privada”, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 3, 1994, p. 22. En Italia, el significado de la función social de la propiedad ha generado amplios debates. Por un lado, ciertas opciones han entedido que la inserción de un elemento funcional dentro del derecho subjetivo implica la necesidad de modificar ciertas categorías dogmáticas clásicas. Por otro lado, se ha entendido que ello impone al legislador una vinculación finalista, por la que debe buscar la consecución de todos los valores constitucionalmente protegidos que por virtud de su dimensión social podrían verse lesionados como consecuencia del uso de los bienes conforme a parámetros exclusivamente individuales. Véase CARTEI, Gian Franco; “La propiedad en la Constitución italiana”, en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (coord.); *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, op. cit., 1995, p. 204.

<sup>698</sup> Véase especialmente la Sentencia del Tribunal Constitucional español 37/1987, en la que se especifica que utilidad individual y función social definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes. PARDO FALCÓN, Javier; “El Tribunal Constitucional y la propiedad”, en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (coord.); *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, op. cit., 1995, p. 68.

propiedad –propiedad intelectual, propiedad industrial-<sup>699</sup>, y por la pérdida de centralidad de este derecho en la ordenación económica, siendo sustituida en gran medida por la libertad de empresa. Además, la función social de la propiedad no se ha concebido en términos de accesibilidad a la misma o de asegurar el goce de este derecho al máximo número de personas: únicamente en la Constitución italiana se hace referencia a hacer la propiedad “accesible a todos” (art. 42.3), y a pesar de que la Constitución española reconoce el derecho “a la propiedad” y no el derecho “de propiedad”, la doctrina continental ha negado en general que este derecho proteja el acceso a bienes no adquiridos<sup>700</sup>.

Algo similar ocurre con el derecho a la libertad de empresa. La entrada de intereses generales y sociales se produce aquí en relación con su ejercicio, que se subordina habitualmente, como se vio, a condiciones que deben ser determinadas por los poderes públicos. Si con ello el contenido del derecho no parece a primera vista afectado, siendo únicamente su ejercicio remitido al legislador, dicha remisión puede afectar indirectamente también a su contenido, en la medida en que limite la posibilidad de ejercer determinadas actividades. Así se desprende de los enunciados constitucionales que regulan este derecho. Se prevén, en unos casos, límites explícitos, estableciendo que la iniciativa económica privada no podrá desenvolverse en oposición al interés social, o de tal modo que perjudique a la seguridad, la libertad y la dignidad humana, debiendo el legislador determinar los programas y controles para que pueda encaminarse y coordinarse con fines sociales (arts. 41.2 y 41.3 Constitución italiana)<sup>701</sup>. En otros casos, se recuerda simplemente la sujeción del ejercicio de la iniciativa económica privada al marco definido por la Constitución y por la ley, teniendo en cuenta el interés general (art. 61.1 Constitución portuguesa); o se establece el reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado –una economía, por tanto, regulada dentro del marco constitucional-, modulándose la protección de su ejercicio por los

<sup>699</sup> Así lo expresa BARNÉS VÁZQUEZ, Javier; “El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978”, *op. cit.*, 1995, p. 40.

<sup>700</sup> A favor de la consideración de la propiedad en conexión con la procura existencial, obligando a realizar una regulación que se adecúe a los principios de justicia social para garantizar a todos una existencia digna, REY MARTÍNEZ, Fernando; *La propiedad privada en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 182. En contra sin embargo, en una tesis generalizada, LÓPEZ LÓPEZ, Ángel M.; “El derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites”, *op. cit.*, 2002, p. 261. También en contra, en Alemania se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Federal, estableciendo que el derecho a la propiedad sólo protegé los derechos respectivos, pero no las posibilidades o expectativas de adquisición (BVerfGE 65, 196, entre otras).

<sup>701</sup> El artículo 41.2 de la Constitución italiana se ha interpretado, no como una funcionalización directa de la libertad de iniciativa económica a los bienes mencionados, sino como una reserva de ley implícita al legislador, a quien corresponde hallar en cada caso el punto de equilibrio entre la libertad y los otros intereses relevantes. Este precepto centró durante un tiempo el debate doctrinal italiano, puesto que establece un equilibrio entre la iniciativa privada y el interés colectivo. Véase BIN, Roberto; *Diritto costituzionale*, *op. cit.*, 2011, p. 550.

poderes públicos de acuerdo con las exigencias de la economía general<sup>702</sup> y, en su caso de la planificación (art. 38 Constitución española). Incluso en los casos en que el enunciado constitucional no prevé expresamente qué bienes o intereses deberán regir la regulación o limitación de este ejercicio (art. 12.1 Ley Fundamental alemana), la restricción de su ejercicio se permite al legislador, y deberá estar justificada por la protección de otros bienes o intereses constitucionales, que determinen por tanto el interés general a perseguir<sup>703</sup>.

El problema en estas limitaciones vendrá dado por la determinación del contenido esencial que se desprenda del precepto constitucional, y que actúe por tanto como límite ante la regulación legislativa. En Alemania, la libertad de profesión, bajo la cual se entiende reconocida la libertad de empresa, se ha considerado estrechamente ligada al trabajo y a la actividad ocupacional, de forma que, siendo éstas tareas de la vida, son parte de la configuración de la vida personal, sin la cual el desarrollo de la personalidad del individuo no sería posible<sup>704</sup>. El concepto de profesión comprende, según el Tribunal Constitucional Federal, toda actividad que para el particular sea medio de vida, por la que simultáneamente contribuye a la producción global social<sup>705</sup>, adoptándose por tanto una noción muy amplia que cubre un extenso espectro de actividades. La libertad contractual y de competencia, en tanto que elementos que completan el derecho, se consideran protegidos por el artículo 2.1 de la Ley Fundamental<sup>706</sup>.

También en Italia se ha acogido un concepto amplio de iniciativa económica, incluyendo el ejercicio de una actividad empresarial y otras actividades económicas, e incluso extendiéndose a toda actividad de la que se pueda derivar una ventaja económica, comprendiendo el ejercicio de una profesión y el trabajo subordinado –aunque este último tiene una tutela específica a través de otros preceptos<sup>707</sup>. La libertad de iniciativa económica se entiende como libertad en la fase propulsiva, de inicio de la actividad, y en la fase de desarrollo, en la que incluye la libertad de organización y de gestión de la empresa<sup>708</sup>, así

---

<sup>702</sup> En relación con esta expresión, se ha considerado que aunque remite en primer lugar a objetivos económicos, implica también otros fines legítimos que no están directamente relacionados con la marcha de la economía, y que en última instancia se identifican con el interés general como límite exterior a este derecho fundamental.

<sup>703</sup> HESSE, Konrad; *Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha*, op. cit., 1998, p. 323 y ss.

<sup>704</sup> BVerfGE 50, 290.

<sup>705</sup> BVerfGE 7, 377; 39, 334. No se distingue así si se trata de una actividad autónoma o no autónoma, si es una profesión libre, vinculada estatalmente o una actividad de servicio público.

<sup>706</sup> PAPIER, Hans-Jürgen; “Ley Fundamental y orden económico”, op. cit., 2001, p. 596.

<sup>707</sup> Véanse las Sentencias de la Corte Constitucional italiana núms. 13/1961, 17/1976, 59/1976.

<sup>708</sup> Véase la Sentencia de la Corte Constitucional italiana núm. 420/1991.

como la libertad de concurrencia, que se entiende como dimensión horizontal de la misma<sup>709</sup>. En el sistema francés, el Consejo Constitucional ha interpretado que la libertad de empresa se deriva del artículo 4 de la Declaración de 1789, considerándola ligada a la libertad de hacer todo lo que no perjudique a otros<sup>710</sup>. Ha entendido que la libertad de empresa comprende, por ejemplo, la libertad en el cambio de local comercial –libertad, por tanto de organización de la empresa-, y ha incluido en ella asimismo la libertad contractual<sup>711</sup>.

En el Estado español, el Tribunal Constitucional ha delimitado asimismo de forma detallada el contenido de la libertad de empresa. Ésta incluye, según se ha establecido, la facultad no sólo de crear empresas y por tanto actuar en el mercado, sino también de establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado<sup>712</sup>. Asimismo, la doctrina ha incluido en este derecho la facultad de cesar en la actividad, y posteriormente la jurisprudencia ha añadido también la libertad de contratación<sup>713</sup>, considerada como una de las vertientes de la libertad de empresa, en una posición instrumental respecto a ella. Asimismo, la defensa de la competencia se ha entendido como consecuencia necesaria de la libertad de empresa: según el Tribunal, ésta conlleva el deber de perseguir “aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas”, apareciendo la libertad de competencia “como necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado”<sup>714</sup>.

En todos los casos, sin embargo, la libertad de empresa aparece como un derecho limitado, sujeto al marco constitucional y a las limitaciones que el legislador puede establecer en ella. Así lo expresa, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán, considerando que tanto la elección de profesión (art. 14.1 Ley Fundamental) como el ejercicio de la profesión (art. 14.2 Ley Fundamental) pueden ser limitados por ley o en base a una ley, y que el legislador tiene una facultad normativa escalonada, que se extiende cuando concierne únicamente a su ejercicio, y se reduce a medida que toca directamente a la elección de

---

<sup>709</sup> Véase la Sentencia de la Corte Constitucional italiana núm. 64/2007.

<sup>710</sup> Véase la Decisión del Consejo Constitucional francés nº81-232 DC de 16 de enero 1982, *Nationalisation I*.

<sup>711</sup> Véanse las Decisiones del Consejo Constitucional nº 2000-231 DC de 7 de diciembre de 2000, y nº 2000-437 DC de 19 de diciembre de 2000.

<sup>712</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional español 225/1993.

<sup>713</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional español 112/2006.

<sup>714</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional español 88/1986.

profesión<sup>715</sup>. También en el ordenamiento italiano se ha establecido que los límites mencionados en el artículo 41.2 de la Constitución italiana –seguridad, dignidad humana, utilidad social-, referidos al ejercicio de la iniciativa económica, se aplican igualmente al inicio de esta actividad, y constituyen un límite externo a estos contenidos<sup>716</sup>. En Francia, la consideración de la libertad de empresa como derecho limitado y limitable por el legislador se desprende de su valoración por el Consejo Constitucional, que ha establecido que esta libertad, que no es general ni absoluta, sólo puede existir en el marco de una regulación establecida por ley<sup>717</sup>, y que sólo las restricciones arbitrarias o abusivas son contrarias a las disposiciones de la Declaración de 1789<sup>718</sup>. Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha considerado que el derecho a la libertad de empresa se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado, entre ellas las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente, u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio<sup>719</sup>. Los límites de la libertad de empresa pueden, por tanto, resultar de la acción conformadora del legislador, así como directamente del respeto a otros derechos fundamentales –por ejemplo, los derechos de los trabajadores-, que si bien pueden quedar modulados cuando se produce la inserción en la empresa, no pueden ser ignorados completamente en este marco<sup>720</sup>.

---

<sup>715</sup> BVerfGE 7, 377; 25, 1; 30, 292. Véase HESSE, Konrad; *Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha*, op. cit., 1998, p. 324. Según el autor, el legislador es más libre cuando adopta una pura regulación de ejercicio, que será admisible cuando esté justificada por motivos razonables o de bien común, los medios escogidos sean adecuados y necesarios, y la restricción producida sea exigible al afectado. En cambio, una regulación que hace dependiente el inicio de una actividad profesional del cumplimiento de determinados presupuestos, afectando a la libertad de elección de profesión, solamente puede estar justificada cuando deba proteger un bien comunitario eminente que prevalece sobre la libertad del particular. En este caso, si se trata de condiciones subjetivas de admisión, pueden valorarse en atención al principio de proporcionalidad. Si se trata de condiciones objetivas, sólo pueden ser justificadas por la finalidad de evitar peligros graves y demostrables para un bien comunitario, y la libertad del legislador será aquí mucho menor.

<sup>716</sup> Véase COSTANTINI, Stefano; “Limiti all’iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. ‘clausole sociali’”, en *IANUS*, núm. 5, 2011, p. 206. Se ha excluido así que estos bienes constituyan límites internos, que supongan una funcionalización de la iniciativa económica a la utilidad social.

<sup>717</sup> Véase la Decisión del Consejo Constitucional nº 141 DC de 227 de julio de 1982, en relación con la libertad de empresa y la libertad de comunicación.

<sup>718</sup> Decisión del Consejo Constitucional francés nº81-232 DC de 16 de enero de 1982, *Nationalisation I*.

<sup>719</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional español 227/1993.

<sup>720</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional español 106/1996, donde se establece que las organizaciones empresariales no constituyen mundos estancos y separados del resto de la sociedad, y que la libertad de empresa no justifica que los trabajadores deban soportar despojos o limitaciones injustificadas en sus derechos fundamentales. Asimismo, la Sentencia 99/1994, según la que la inserción en la organización ajena modula los derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva.

### ***b) Los límites al ejercicio de los derechos económicos***

En los derechos económicos, los límites no operan de forma distinta a otros derechos fundamentales. Especialmente en la libertad de empresa, es en la imposición de límites por el legislador donde se halla el núcleo de su concepción como derecho relativo, que pierde en esta forma de Estado su carácter absoluto. En este ámbito, la discusión acerca de las posibilidades de limitación por el legislador pierde virtualidad, por la previsión en todos los enunciados de una remisión expresa a los poderes públicos –y en especial, a la ley-. La amplitud de esta referencia constitucional atribuye al legislador amplias facultades de concreción, pero además estos límites operan en algunos casos directamente desde la Constitución, habilitando al Tribunal constitucional a valorar su incidencia en el contenido del derecho.

En relación con el derecho de propiedad, se ha visto que el legislador adquiere una amplia facultad de configuración que deriva de la remisión a la ley de la determinación de su contenido y límites, y de la introducción en su propio contenido constitucional de expresiones relativas al interés o bien general, y a la función o utilidad social del derecho<sup>721</sup>. Ello implica, en esencia, que el derecho se halla limitado internamente y sujeto a aquello que la colectividad considere adecuado en cada momento: la amplitud de las referencias a los intereses sociales, sin especificar cuáles son aquellos que puedan entrar en juego, muestra la dependencia de la concepción de estos derechos respecto a la evolución de la conciencia jurídica y social, que se expresa en cada momento en la concreción parlamentaria que reciban. Se ha dicho, así, que lo que la Constitución garantiza es que la concreción de este derecho se realice teniendo en cuenta su utilidad social<sup>722</sup>, esto es, considerando el significado de este derecho en la concreta comunidad social: es esta obligación la que forma parte de su contenido esencial, pero su determinación debe ser establecida por una normativa flexible, que permita su adaptación a la evolución de estas concepciones.

En relación con la libertad de empresa, su concepción como derecho limitado se plasma en las condiciones que, de acuerdo con su enunciado constitucional, pueden imponerse por los poderes públicos a su ejercicio. En unos casos, el propio precepto establece los bienes que

---

<sup>721</sup> Recuérdense las referencias “la propiedad obliga” y “su uso deberá también servir al bien común” (art. 14.2 Constitución alemana); “[la ley] determinará sus modalidades de adquisición y de goce y los límites de la misma, con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos” (art. 42.3 Constitución italiana), “la función social (...) delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes” (art. 33.2 Constitución española), o las “limitaciones exigidas por el interés general” (Decisión del Consejo Constitucional francés n°81-232 DC de 16 de enero de 1982, Nationalisation I).

<sup>722</sup> En este sentido, REY MARTÍNEZ, Fernando; *La propiedad privada en la Constitución española*, op. cit., 1994, p. 350 y ss.

deberán ser protegidos a través de estas limitaciones –la seguridad, la libertad, la dignidad humana, la coordinación con fines sociales (arts. 41.2 y 41.3 Constitución italiana), el interés general (art. 61.1 Constitución portuguesa), o las exigencias de la economía general y en su caso de la planificación (art. 38 Constitución española)-. En otros, la regulación de este ejercicio se remite al legislador, sin establecer los bienes o fines específicos que debe seguir dicha concreción (art. 12.1 Ley Fundamental alemana). Ello puede condicionar el grado de vinculación del legislador en la concreción de estos límites: si la previsión expresa de los elementos que pueden fundamentar una limitación del derecho acota en cierta medida la acción del legislador, obligándolo a conciliar su ejercicio con los bienes mencionados; la ausencia de dicha mención parece ir en detrimento de esta obligada limitación, dejando al legislador un mayor grado de libertad en la concreción del contenido y límites.

En cualquier caso, sin embargo, los demás derechos fundamentales reconocidos y los otros bienes constitucionales protegidos podrán también actuar como fundamento de una actuación limitadora del derecho. Por ello, la previsión en el texto constitucional de disposiciones sociales adquiere importancia, en tanto que normas que obligan al legislador, en la medida que considere adecuada, a realizar actuaciones que concilien ambos tipos de intereses<sup>723</sup>. La formulación más acabada de dicha conciliación, elaborada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, ha supuesto distinguir entre diversos grados dentro del contenido de la libertad de empresa: según éste, las limitaciones al ejercicio de una determinada profesión o empresa son legítimas siempre que sean convenientes según consideraciones fundadas en el bien común; mientras que las limitaciones al acceso de una determinada profesión sólo pueden darse en la medida en que sean imprescindibles para proteger intereses especialmente importantes, distinguiéndose entre requisitos subjetivos –que no pueden ser desproporcionados en atención al objetivo que buscan-, y requisitos objetivos –que sólo son legítimos si cumplen con exigencias muy estrictas, cuando sean imprescindibles para evitar daños a intereses generales del más alto valor-<sup>724</sup>.

Esta teoría, que no ha sido trasladada estrictamente en la jurisprudencia de otros estados, se refleja no obstante en la propia positivación de la libertad de empresa en los textos constitucionales: la previsión de límites únicamente para el ejercicio de esta actividad, y no

---

<sup>723</sup> Piénsese, por ejemplo, en los derechos de los trabajadores, la protección de los consumidores, la defensa del medio ambiente, el acceso a la cultura, o la organización del territorio, como elementos que pueden actuar como límites a la libertad de empresa. En este sentido, GARCÍA VITORIA, Ignacio; *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, op. cit., 2008, p. 198.

<sup>724</sup> Véase en especial BVerfGE 7, 377, *Ley sobre farmacias*. OSSENBÜHL, Fritz; “Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, p. 21 y ss.

para el inicio o comienzo de la empresa, puede verse como una cierta aceptación de una concepción que ve mucho más difícil limitar la facultad inicial de emprender una actividad económica –más ligada al libre desarrollo de la personalidad, como medio que permite la subsistencia de la persona-, que reglamentar su propio ejercicio una vez la empresa ya ha sido iniciada –situación que se considera sujeta a las regulaciones pertinentes-. La adopción de este modo de razonar en relación con las limitaciones a la libertad de empresa supone la aplicación del principio de proporcionalidad en distintas intensidades, considerando la iniciativa de la actividad económica como ámbito intangible para el legislador, y aplicando alrededor del mismo un juicio de razonabilidad de la justificación de las limitaciones de intensidad variable, y un juicio de proporcionalidad en atención al tipo de requisito establecido.

Ello ha sido criticado, es cierto, en razón de la amplitud que supondrían las cláusulas constitucionales como habilitación al legislador. La reticencia de los Tribunales a analizar el valor de los fines perseguidos por el legislador en relación con lo que constituya el “bien común” o el “interés general” conlleva la atribución de una amplia libertad al legislador, en lo que se ha definido como una “carta blanca a los poderes públicos para intervenir en la actividad de las empresas”<sup>725</sup>. En cualquier caso, no obstante, ello pone en relieve la necesidad de valorar las limitaciones a la libertad de empresa, igual que en otros derechos fundamentales, en relación con los fines perseguidos por el poder público, que deben estar justificados en valores constitucionales de forma suficiente para considerar legítima la intromisión. La remisión al legislador de estas limitaciones no resulta, por tanto, en una completa desconstitucionalización del contenido del derecho, sino que supone la necesidad de adaptarlo al marco constitucional en que se reconoce. El legislador podrá únicamente modularlo en base a una necesidad de conciliación con otros bienes o derechos constitucionales, y siempre respetando en ello el principio de razonabilidad y proporcionalidad en las injerencias realizadas. Se trata, por tanto, de una apertura a la ley limitada: ésta no puede llegar a desconocer su contenido individual, y se circunscribe a una regulación y reducción de su ejercicio en forma a hacerlo compatible con el resto de intereses protegidos.

---

<sup>725</sup> En este sentido, PAZ-ARES, Cándido; ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús; “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, en MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; MORENO VIDA, María Nieves (dirs.); *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, op. cit., 2002, p. 406, quienes critican la excesiva deferencia de los Tribunales hacia el legislador. Sin embargo, existe también una cierta evolución al respecto. En Francia, por ejemplo, tras una época en que el Consejo Constitucional avaló las regulaciones del legislador, el control se ha hecho más estricto, considerando que ciertas regulaciones no superan el juicio de proporcionalidad. Véase FAVOREU, Louis; *Droit constitutionnel*, op. cit., 2010, p. 930.

Asimismo, más allá de estas limitaciones en el ejercicio del derecho, que se producen esencialmente por la regulación legislativa, la libertad de empresa puede ser objeto de limitación a través de otros instrumentos, que se prevén en algunas constituciones como instrumentos de política económica del Estado: se trata, por ejemplo, de la posibilidad de nacionalización de empresas (párrafo 9 Preámbulo francés de 1946), de la intervención de empresas (art. 128.2 Constitución española), o de la transmisión al Estado mediante expropiación de determinadas empresas o categorías de empresas (art. 43 Constitución italiana), como mecanismos que puede utilizar el Estado en determinadas circunstancias, limitando de hecho el ejercicio de la libertad de empresa y sustrayendo al empresario las facultades de dirección que le son propias.

Se trata, en todo caso, de instrumentos que se ponen a disposición del poder público para el encuadre y la dirección de la economía. Será el Estado quien concrete el alcance de las limitaciones que puedan suponer a la libertad de empresa, estando éstas sujetas, no obstante, a las mismas condiciones y requisitos que las limitaciones legislativas a su ejercicio. Estas normas actúan así, como se verá, como habilitaciones a los poderes públicos, ofreciendo instrumentos administrativos que pueden activarse, pero no obligan en ningún caso a la realización de un determinado elemento material, siendo por tanto instrumentos formales para la realización de la configuración social<sup>726</sup>.

### ***c) La dificultad de las garantías normativas de los derechos económicos***

Los derechos económicos se hallan sujetos, como otros derechos, a facultades de limitación por los poderes públicos, que se manifiestan con intensidades distintas en diversos ámbitos de su contenido, pero estas posibilidades de limitación no son absolutas, sino que encuentran al mismo tiempo límites que actúan como garantía normativa del contenido de estos derechos. Estas garantías operan, no obstante, de forma particular en los derechos económicos: si en los supuestos de limitación del derecho actúan de forma plena, como ocurre también para otros derechos constitucionales, la propia Constitución prevé la posibilidad de excluirlas completamente, permitiendo la eliminación total del contenido del derecho – piénsese en la expropiación de propiedades y empresas- y sustituyéndolo por un equivalente económico en determinadas circunstancias.

Las garantías normativas operan, no obstante, en los supuestos normales de limitación del derecho, como límites a los límites que puede establecer la regulación legislativa. En relación

---

<sup>726</sup> Véase *infra* en este Capítulo Sección III.

con el derecho de propiedad, por ejemplo, la remisión de su contenido al legislador constituye una reserva de ley, que impide su regulación o desarrollo al poder reglamentario. En todas las constituciones continentales se hace referencia expresa al legislador o a la ley como sujeto al que corresponde la concreción del contenido del derecho y su función social, lo que implica una garantía que debería impedir a otros sujetos la concreción de este contenido. Sin embargo, no queda claro si ello constituye una reserva absoluta, que excluye totalmente la intervención independiente de la Administración, o una reserva relativa, que permite en ciertos aspectos la delegación al poder reglamentario. Tampoco se resuelve en estos preceptos si se admiten formas de legislación delegada, como una regulación realizada a través del Decreto-ley.

En la práctica, no obstante, la diversidad de concreciones que tiene la propiedad y la imposibilidad de abarcarlas todas a través de la ley ha conllevado una interpretación amplia de esta reserva en los diversos estados, siendo a menudo la Administración la que, a través de sus planes de ordenación y otras normas reglamentarias, determina los distintos estatutos de la propiedad privada<sup>727</sup>. La reserva de ley mencionada se ha interpretado, así, como reserva relativa, admitiéndose también las formas de legislación delegada e incluso las normas reglamentarias como determinantes del contenido de la propiedad<sup>728</sup>. Ello responde, asimismo, a un criterio teleológico: una concepción ultragarantista del derecho de propiedad hubiera llevado a un protagonismo absoluto del legislador en su regulación, pero en el Estado social se admite la idea de una Administración llamada a ser el instrumento principal de la actividad conformadora de la sociedad, con instrumentos normativos que sólo encajan en la idea de reserva relativa<sup>729</sup>.

Del mismo modo, se ha discutido la existencia de un contenido esencial del derecho de propiedad que actúe como ámbito intangible para el legislador, no pudiendo éste modular las facultades que comprende. Si en todos los estados la ubicación sistemática y el propio reconocimiento del derecho implica la existencia de un contenido esencial que se garantiza por la Constitución, la dificultad viene determinada por la inserción en este contenido de la función social del derecho, que debe ser concretada a través de su desarrollo legislativo. La

---

<sup>727</sup> Así lo señala ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *et alter*; *Principios de Derecho público económico*, *op. cit.*, 2001, p. 163 y ss.

<sup>728</sup> Especialmente flexible ha sido a este respecto el Tribunal Constitucional español, quien se ha visto obligado a abordar la disciplina constitucional del derecho de propiedad en unas circunstancias muy determinadas, como fueron las de la expropiación del grupo de empresas RUMASA, dando lugar a una interpretación muy amplia de la reserva de ley, según la que no se excluye la realización de una expropiación a través del Decreto-ley. Véase la Sentencia 111/1983.

<sup>729</sup> En este sentido, LÓPEZ LÓPEZ, Angel M.; “El derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites”, *op. cit.*, 2002, p. 264.

dependencia respecto al legislador para este desarrollo dificulta, de forma similar a lo que ocurre con los derechos sociales, la identificación de un contenido esencial que se le imponga de forma absoluta. Sin embargo, la posibilidad de hallar en este derecho un contenido defensivo, que se establece directamente en la Constitución, permite identificar un contenido esencial del mismo, que viene dado por las facultades de uso individual defensivo que se atribuyen al individuo.

Así lo han establecido, de hecho, las jurisdicciones constitucionales en el control de la legislación sobre la propiedad. El Tribunal Constitucional español ha considerado, por ejemplo, que la traducción institucional de las exigencias derivadas de la función social no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho. La referencia ha de buscarse, según el Tribunal, en la reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable<sup>730</sup>. En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal ha considerado también que la expansión de la función social de la propiedad no puede anular las facultades individuales protegidas por la Constitución, entendiéndose que existe un límite más allá del cual son indemnizables los límites impuestos al derecho de propiedad: ello depende de que la propiedad se inserte en una relación social y cumpla una función social, de la conexión que presente con la garantía de la libertad, y de la proporción de la regulación impuesta a las facultades individuales, que no puede desbordar las exigencias de la función social<sup>731</sup>.

La utilidad individual del derecho se erige, así, en límite infranqueable de la función social de la propiedad. A pesar de la reticencia de los Tribunales constitucionales a una definición concreta del contenido de este derecho, queda claro en su jurisprudencia que toda limitación que haga impracticable su utilidad individual supera la delimitación o regulación del derecho para afectar a su contenido esencial y convertirse en privación del mismo. El contenido esencial de la propiedad viene determinado, así, por las facultades individuales que son inherentes a ella, según la concepción propia del lugar y del momento en la sociedad: la afectación a este núcleo esencial determinará la admisibilidad de la restricción, si bien no implicará siempre la nulidad de la regulación, señalando el paso de la garantía normativa a la

---

<sup>730</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional español 37/1987.

<sup>731</sup> Véase BVerfGE 53, 292; 37, 140. KIMMINICH, Otto; "La propiedad en la Constitución alemana", *op. cit.*, 1995, p. 156-157. Asimismo, en Italia la Corte Constitucional ha declarado la naturaleza expropiatoria y por tanto indemnizable de toda limitación singular que menoscabe lo que es inherente al dominio (Sentencia 55/1968).

supresión de la misma, a través del instituto de la expropiación y de la correspondiente indemnización<sup>732</sup>.

La posibilidad de realizar una completa supresión del derecho individual, a través de la expropiación forzosa, constituye uno de los rasgos más particulares de los derechos económicos, que se recoge con múltiples garantías en las constituciones continentales. En todos los estados, la expropiación se prevé como privación del derecho de propiedad, que se liga a la realización del “bien público” (art. 14.3 Ley Fundamental alemana), al “interés general” (art. 42.2 Constitución italiana), a la “necesidad pública” (art. 17 Declaración francesa de 1789), o a la “utilidad pública o interés social” (art. 33.3 Constitución española). Asimismo, la expropiación se admite únicamente en los casos previstos por la ley o realizados con base a una ley, y exige en todo caso la atribución de una indemnización: la Constitución explícita, en unos casos, los criterios que debe seguir su determinación –por ejemplo, en Alemania, debe venir determinada por un equilibrio equitativo entre el interés público y los intereses de los afectados; y en Francia debe ser una indemnización justa y previa-, mientras que en otros casos los criterios no se hallan expresamente positivizados, dependiendo de su regulación por ley –España, Italia-.

A pesar de estas diferencias de regulación, sin embargo, las garantías de la expropiación han alcanzado un cierto grado de homogeneidad en todos los estados continentales. La referencia al interés general, a la utilidad pública o al interés social como *causa expropriandi* se entiende en referencia a la realización de aquellos elementos que se consideren necesarios en la sociedad, atendiendo a los intereses comunes de todos los miembros, y circunscribiéndose la expropiación de bienes a aquéllos estrictamente indispensables para esta causa. En segundo lugar, la sujeción a la ley supone una remisión de estas circunstancias al legislador, admitiéndose incluso leyes singulares, que quedan sujetas a las mismas condiciones que la legislación general en este ámbito. Incluso admitiéndose las expropiaciones realizadas por la Administración, éstas deben tener en todo caso base en una ley, que determine las circunstancias y las condiciones en que puede realizarse. Por último, también los criterios para la determinación de la indemnización se interpretan de forma similar en todos los estados: la indemnización correspondiente se entiende como el valor económico del bien o derecho, estableciéndose la cuantía de acuerdo con el valor real de

---

<sup>732</sup> En este sentido, BARNÉS VÁZQUEZ, Javier; “El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978”, *op. cit.*, 1995, p. 42, para quien el contenido esencial constituye el criterio para deslindar la delimitación y la intervención expropiatoria en el derecho de propiedad. Igualmente, LÓPEZ LÓPEZ, Angel M.; “El derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites”, *op. cit.*, 2002, p. 277.

dichos bienes, en un razonable equilibrio entre la el daño expropiado y la reparación otorgada<sup>733</sup>.

La expropiación supone, así, la posibilidad de abatir la situación patrimonial del individuo sustrayéndole los bienes de su titularidad –o privándole de su uso en una medida importante-, en lo que supone una privación total de sus facultades que no aparece en ningún otro derecho constitucional. Pero esta privación se sujeta a requisitos y condiciones que vienen establecidos por la Constitución, acotando el campo de acción del legislador: el aseguramiento del equivalente económico del bien al propietario supone, en esencia, una forma de compatibilización entre el interés individual y los intereses colectivos que viene prefijada por la Constitución, estableciéndose las garantías de la indemnización y los requisitos que debe cumplir, tanto a nivel textual como por la interpretación constitucional. Se trata, por tanto, de un derecho debilitado en cuanto a su garantía normativa, que puede desaparecer por completo, pero cuyo contenido se garantiza en todo caso a través de una compensación de tipo económico que recoge aproximadamente, en un equilibrio ponderado, el valor que tenía el bien anteriormente.

También en la libertad de empresa, si bien ello se halla menos teorizado, las garantías normativas juegan un papel importante, pudiendo llegar a ser suprimidas mediante expropiación o a través de la intervención de empresas. La reserva de ley opera en este caso también como reserva relativa, que autoriza a regulaciones independientes administrativas, y permite asimismo la legislación delegada. La remisión expresa al legislador para la regulación de las condiciones de ejercicio de esta libertad implica, por tanto, que debe ser la ley la que determine de forma general dichas condiciones, por la relevancia que se atribuye al desarrollo del derecho. La dificultad en la determinación del ámbito de esta reserva viene dado, no obstante, por la diversidad de regulaciones que pueden afectar a la libertad de empresa: si todas ellas se sujetaran a reserva de ley, ello supondría una petrificación excesiva de este sector, de modo que la reserva debe valorarse únicamente en atención a la finalidad de la norma, determinando si se dirige o no a la regulación de la libertad de empresa<sup>734</sup>.

---

<sup>733</sup> Véase por ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional español 166/1986. Véase en relación con estos criterios en los distintos estados, KIMMINICH, Otto; “La propiedad en la Constitución alemana”, *op. cit.*, 1995, p. 163 y ss. CARTEI, Gian Franco; “La propiedad en la Constitución italiana”, *op. cit.*, 1995, p. 206 y ss. MONTGOLFIER, Jean-François; “Le Conseil constitutionnel et la propriété des personnes privées”, *op. cit.*, 2011.

<sup>734</sup> Así lo señala RUBIO LLORENTE, Francisco; “La libertad de empresa en la Constitución”, *op. cit.*, 1996, p. 440.

En lo que se refiere al contenido esencial, se ha discutido si es posible aislar en la libertad de empresa un núcleo de facultades que vinculen en todo caso al legislador, ante una regulación constitucional que contiene una delimitación realizada a través de cláusulas generales y que establece una autorización al legislador absolutamente genérica, permitiendo un amplio rango de limitaciones al ejercicio del derecho<sup>735</sup>. Se hace difícil determinar un reducto de facultades esenciales en el que sea ilegítima cualquier intervención pública, en la medida en que, en función del tipo de actividad, hasta la más intensa de las injerencias parece resultar legítima<sup>736</sup>. Partiendo de una concepción absoluta del contenido esencial, como barrera que el legislador no puede traspasar, el problema se sitúa en la generalización de determinadas facultades para todos los tipos de actividad económica, que sólo pueden identificarse entonces como un conjunto mínimo –un acceso sin prohibiciones absolutas ni imposiciones forzosas, un abandono sin imposiciones de continuar, un ejercicio con un mínimo reducto de autonomía en la dirección de la empresa-.

Por ello, la jurisprudencia constitucional se ha acogido en los diversos estados a una concepción relativa del contenido esencial, considerándolo como aquello que queda tras la ponderación de los diversos intereses, sin buscar un límite absoluto que se imponga al legislador en todo caso. Como se ha visto, la teoría de los grados elaborada por el Tribunal Constitucional Federal alemán puede contribuir en esta vía a la delimitación del contenido esencial de la libertad de empresa, por cuanto sujeta la limitación del derecho a mayores restricciones cuanto más se acerca a la libertad de inicio de una actividad económica privada – esto es, el acceso al mercado-. También en otros estados se ha adoptado una perspectiva similar, siendo la jurisdicción constitucional reticente a definir un contenido esencial que se imponga en todo caso al legislador: en Italia, la Corte Constitucional ha considerado durante largo tiempo esta libertad como derecho abierto a cualquier limitación legal constitucionalmente justificada<sup>737</sup>; en Francia, el Consejo Constitucional la ha entendido como libertad que protege sólo frente a restricciones arbitrarias o abusivas<sup>738</sup>; y en España, el Tribunal Constitucional ha afirmado que no existe un contenido constitucionalmente

---

<sup>735</sup> En este sentido, PAZ-ARES, Cándido; ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús; “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, *op. cit.*, 2002, p. 398.

<sup>736</sup> En este sentido, ARAGÓN REYES, Manuel; *Libertades económicas y Estado social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 20 y ss.

<sup>737</sup> Véanse por ejemplo las Sentencias de la Corte Constitucional italiana 19/1962, 61/1965, 7/1966, 133/1968.

<sup>738</sup> Véanse las Decisiones del Consejo Constitucional francés nº 132 DC de 16 de enero de 1982, *Nationalisations I*, y nº 181 DC de 10 y 11 de octubre de 1984, *Entreprises de presse*.

garantizado de cada profesión, oficio o actividad empresarial concreta, valorando las distintas injerencias en la libertad de empresa en función del principio de proporcionalidad<sup>739</sup>.

Ante ello, se ha defendido desde ciertos sectores que, dada la pluralidad de situaciones y tipos de empresa existentes, la libertad de empresa no tendría un contenido esencial de libertad, sino que implicaría un contenido esencial caracterizado por la igualdad, atribuyendo a todas las empresas de una misma categoría las mismas facultades en el mercado, en una regulación que otorgue a todas ellas un mismo grado de libertad según la clase a la que pertenezcan<sup>740</sup>. Si ello puede resultar cierto en la nueva concepción de este derecho como libertad inserta en el marco de un mercado regulado por el Estado, que incorpora por tanto elementos de igualdad en el acceso y desarrollo de las diversas actividades, su completa identificación con el principio de igualdad llevaría a la disolución de esta libertad, que quedaría encerrada en un principio ya existente en el ordenamiento, como la igualdad ante la ley –igualdad de facultades ante la regulación del mercado-. El contenido de igualdad debe conjugarse con una valoración de las restricciones y regulaciones de la libertad de empresa en función del principio de proporcionalidad, que tenga en cuenta en cada caso el nivel de injerencia realizado y lo valore en atención a los fines perseguidos con tal regulación.

A diferencia de otros derechos constitucionales, por tanto, es cierto que el contenido esencial de la libertad de empresa tiene, por sus características, una difícil determinación, lo que atribuye al legislador un más amplio margen de libertad en su configuración, dependiendo la existencia de una afectación excesiva del tipo de empresa y de la regulación realizada. Ello atribuye también al Juez un importante papel, en la medida en que debe enjuiciar la compatibilidad de la regulación legislativa con una norma constitucional de “textura abierta”<sup>741</sup> y que contiene numerosas cláusulas generales o conceptos indeterminados. Se trata, en esencia, de problemas que se producen por la transformación de estos derechos en el Estado social: la posibilidad de introducir limitaciones y de encuadrar y regular su contenido en atención a intereses de la colectividad supone trasladar al legislador una amplia responsabilidad en la realización de dicha concreción, conteniendo la Constitución únicamente los conceptos generales que deben regirla.

---

<sup>739</sup> Véase en especial la Sentencia del Tribunal Constitucional español 83/1984.

<sup>740</sup> Así lo ha defendido RUBIO LLORENTE, Francisco; “La libertad de empresa en la Constitución”, *op. cit.*, 1996, p. 444.

<sup>741</sup> Así lo expresa GARCÍA VITORIA, Ignacio; *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, *op. cit.*, 2008, p. 193.

A esta particularidad en la concreción e identificación del contenido esencial se añade la posibilidad de suprimir completamente la garantía normativa del derecho, que se prevé expresamente en algunas normas constitucionales. Si esta previsión no es tan clara y uniforme como en el derecho de propiedad, también en la libertad de empresa se prevén posibilidades de limitación del derecho que pueden llegar a suponer una supresión del mismo: se trata, por ejemplo, de la intervención de empresas (art. 128.2 Constitución española), de la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales (art. 128.2 Constitución española), de la transmisión al Estado mediante expropiación de determinadas empresas o categorías de empresas (art. 43 Constitución italiana), de la posibilidad de nacionalización de empresas (párrafo 9 Preámbulo francés de 1946), o de la transferencia de empresas a la propiedad pública u otras formas de empresa pública (art. 15 Ley Fundamental alemana), que suponen en diversas intensidades una sustracción de las facultades que implica la libertad de empresa. Se trata, no obstante, de instrumentos administrativos que se verán posteriormente<sup>742</sup>.

### **SECCIÓN III. ELEMENTOS FORMALES DEL MODELO CONTINENTAL DE ESTADO SOCIAL**

Los elementos formales del Estado social adquieren en el modelo continental una articulación esencialmente constitucional, estableciéndose en los textos fundamentales los instrumentos básicos que puede utilizar el poder público para la realización de la configuración social. Este reconocimiento comprende, como se vio, tanto los elementos institucionales como especialmente los instrumentos de regulación e intervención en la economía. Pero es precisamente en relación con estos últimos donde se plantean los mayores interrogantes, especialmente acerca de su virtualidad como elementos constitucionales que puedan determinar la forma de Estado: la novedad que supone la previsión de dichos instrumentos en las constituciones plantea la cuestión acerca de su alcance y contenido constitucionales, así como de la eficacia que puedan tener como elementos de garantía de la actividad que corresponde al poder público en el Estado social.

Si bien la regulación de estos instrumentos varía en su tipología y contenido en los diversos estados, pueden hallarse en todos los textos constitucionales ciertos tipos generales, que permiten hablar de una cierta configuración común de estos elementos: junto a los instrumentos reguladores, que permiten al Estado la ordenación y normación de ciertos

---

<sup>742</sup> Véase *infra* en este Capítulo Sección III.B.

sectores de actividad (Sección A), se establecen instrumentos de carácter administrativo, que permiten una intervención del poder público sobre el sistema económico (Sección B).

### A. Instrumentos reguladores

Los instrumentos reguladores constituyen un primer tipo de mecanismos que se hallan establecidos en el modelo continental de Estado social, permitiendo al poder público la realización de las tareas que se le encomiendan en esta forma de Estado. Las responsabilidades que corresponden a los entes públicos en el contexto del Estado social dan lugar a una cierta transformación de la función reguladora, orientándola hacia el sistema económico y estableciendo nuevos métodos o vías para su elaboración. Posteriormente, estos instrumentos reguladores han sufrido evoluciones diversas, especialmente por efecto del Derecho de la Unión Europea, pero aquí se considerarán en su forma clásica<sup>743</sup>, con el objeto de ver en qué medida y con qué alcance quedaban establecidos inicialmente a nivel nacional.

Estos instrumentos comprenden, de forma similar al sistema escandinavo, facultades de regulación sobre diversos sectores, que tendrán asimismo características distintas en cuanto a su posible contenido y forma. Puede hablarse, así, de instrumentos reguladores de la esfera laboral, en los que confluyen la normativa de los agentes sociales y la normativa estatal (apartado ii); de instrumentos de regulación de prestaciones, estrechamente relacionados con la capacidad tributaria del Estado (apartado iii); y de instrumentos de regulación de la actividad económica general, que permiten la introducción de intereses públicos en el mercado, matizando la regulación privada regida por los intereses particulares (apartado iv). Todos ellos tienen, no obstante, una misma finalidad subyacente, situada en la atribución de la realización del interés general al poder público, no pudiendo éste realizarse de forma autónoma por el mercado (apartado i).

---

<sup>743</sup> El término “regulación” se entiende aquí en su sentido clásico, como actividad normativa que reviste una cierta generalidad, proveniente del legislador o de la Administración (pero excluyendo los actos administrativos concretos). Este término ha adquirido en los últimos años un sentido más amplio, relativo a la actividad reguladora de organismos independientes, así como al seguimiento y control de las actividades privadas, pero aquí se adopta en su acepción relativa a los poderes reguladores del Estado, como facultad de elaborar normaciones generales sobre el ámbito social y económico. En este sentido, la mayor parte de la doctrina española, que concibe la regulación como un término amplio incluyendo la legislación sobre los diversos sectores económicos y otros actos administrativos de disciplina de la actividad económica privada. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián; *Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1988, p. 177 y ss. ARIÑO ORTIZ, Gaspar; *et alter*; *Principios de Derecho público económico*, op. cit., 2001, p. 232 y ss. Asimismo, sobre una concepción similar en Alemania, STOBER, Rolf; *Derecho Administrativo Económico*, op. cit., 1992, p. 116, 127 y ss, incluyendo tanto la legislación y los reglamentos como los actos administrativos de contenido regulador (autorizaciones, licencias). También en este sentido, entendida como reglamentación, la doctrina francesa, en especial GAUDEMET, Yves; *Droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 2005 (18ª ed.), p. 353 y ss. LINOTTE, Didier; ROMI, Raphaël; *Droit public économique*, LexisNexis, Paris, 2012 (7ª ed.), p. 192 y ss.

### **i. La finalidad subyacente a los instrumentos reguladores**

A pesar de las distintas formas e intensidades que adquiere el reconocimiento de los instrumentos reguladores en las constituciones continentales, su previsión responde en todos los casos a una misma idea subyacente, que sitúa en la ordenación normativa pública de la esfera económica una importante virtualidad como elemento de realización del Estado social. La atribución a los poderes públicos de facultades normativas sobre esta esfera, que les permiten conformar e incidir sobre la realización de la actividad económica privada, supone la sujeción del mercado y el libre juego de los intereses privados a una regulación de carácter estatal –a nivel central, regional o local-, que establece, dentro del marco fijado por la Constitución, la conciliación que considere adecuada entre los intereses generales –entre ellos los elementos sociales- y los intereses individuales implícitos en el ejercicio de las actividades económicas.

La previsión de estos instrumentos reguladores muestra una concepción común del papel del Estado, en la que la realización del interés general se sitúa como misión principal del poder público. Este interés se entiende como elemento que no puede alcanzar una consecución adecuada a través de la regulación automática del mercado, y cuya realización, que comprende por imperativo constitucional los aspectos sociales, supone distinguirlo respecto a los diferentes intereses individuales que operan en la sociedad: el interés general y su expresión social se definen por la vía democrática, atendiendo a las consideraciones políticas e incluso éticas que se consideran relevantes en la sociedad, lo que se opone frontalmente a los intereses individuales, identificados con un ejercicio puramente privado de los derechos económicos y orientado únicamente por el beneficio propio de su titular<sup>744</sup>.

Así, de acuerdo con la concepción voluntarista común a los estados continentales, el interés general se entiende como concepto que supera la mera contraposición y suma de intereses particulares, para aproximarse al interés de la sociedad, expresado en la voluntad general que representa el legislador<sup>745</sup>. A pesar de las dificultades que entraña su definición, y

---

<sup>744</sup> En este sentido, DELVOLVÉ, Pierre; *Droit public de l'économie*, Dalloz, Paris, 1998, p. 138 y ss, quien hace referencia al interés general y a la utilidad pública como límite a los principios liberales.

<sup>745</sup> La concepción voluntarista del interés general, gestada principalmente en el sistema francés, se opone así a la concepción utilitarista de corte anglosajón, que ve en el interés común sólo la suma de intereses particulares que operan por la búsqueda de su propia utilidad por los agentes económicos. Esta concepción deja poco espacio al Estado y traduce en realidad una desconfianza respecto al poder público en la definición de los intereses generales de la sociedad. La concepción francesa, en cambio, supone atribuir al Estado la misión de promover un interés general que vaya más allá de los intereses particulares, buscando el bien general de la sociedad. También en Alemania la concepción hegeliana del Estado supone considerarlo como instancia capaz de realizar el bien y la idea moral, frente a un individuo que busca sólo su propio interés. Véase sobre estas concepciones TRUCHET, Didier; "L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État: retour aux sources et équilibre",

de las diversas formulaciones que adquiere en cada estado, la adopción de este concepto como fundamento de la actuación pública –tanto legislativa como administrativa- supone la atribución de su definición a los poderes públicos, a quienes corresponde concretar y conciliar los distintos intereses presentes en la sociedad. La búsqueda y articulación de este interés general en los distintos ámbitos se considera, en este marco, sólo realizable por el Estado: únicamente el poder público, en tanto que depositario de legitimidad democrática y constituido como instancia neutral respecto a la sociedad, puede establecer de forma adecuada el contenido general al que debe orientarse el conjunto de la sociedad<sup>746</sup>.

La definición del interés general a través de los instrumentos reguladores públicos conlleva además, en relación con los elementos sociales, una necesaria limitación o matización de las facultades individuales que comprenden los derechos económicos. No es suficiente, en este ámbito, sobrepasar los intereses individuales para identificar un interés general de toda la sociedad, sino que la realización de los elementos sociales requerirá al mismo tiempo restringir estas facultades individuales, reduciendo el funcionamiento libre del sistema económico<sup>747</sup>. Si en el Estado social el interés general viene representado por el establecimiento de condiciones de igualdad real a través de la procura existencial, la realización de estos fines se ha entendido ligada a una regulación limitadora del libre mercado, fijando ciertos ámbitos que escapan a las reglas del sistema económico: la concepción de la desigualdad material como la distinta situación económica del individuo frente la satisfacción de sus necesidades –su distinta posibilidad de satisfacerlas en función de su capacidad económica- conduce a una situación en que es únicamente la regulación y limitación de las reglas del mercado –y por tanto de los derechos económicos- lo que permite la realización de los elementos sociales, asegurando al particular la aplicación de ciertas condiciones que se definen por los poderes públicos.

---

en *Réflexions sur l'intérêt général- Rapport public du Conseil d'État*, 1999, La Documentation française, Paris, p. 361 y ss.

<sup>746</sup> Véase DESWARTE, Marie-Pauline; “L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, en *Revue française de Droit constitutionnel*, núm. 48, 1993, p. 23 y ss. MERLAND, Guillaume; “L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, en MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (eds.); *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 35 y ss.

<sup>747</sup> Así se refleja en los estados continentales en la incorporación en las constituciones de elementos relativos a la limitación de la economía al mismo tiempo en que aparecen los elementos materiales propios del Estado social. Toda la construcción de la “constitución económica” se pone en relación con la realización del Estado social, como disposiciones que permiten la intervención del Estado en la economía para la realización de objetivos sociales. Véase por ejemplo DE JUAN ASENJO, Oscar; *La Constitución económica española, op. cit.*, 1984, p. 71 y ss, donde el autor considera los elementos materiales del Estado social como marco de los principios establecidos en la constitución económica.. MAESTRO BUELGA, Gonzalo; “La Constitución económica española: de la tradición del Estado social a la integración europea”, en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje a Jordi Solé Tura*, vol. 2, 2008, p. 1977 y ss.

Así, la realización de las condiciones materiales propias del Estado social ha estado fuertemente marcada, en los estados continentales, por una concepción que opone el interés individual a los elementos sociales, entendiendo que éstos no pueden ser realizados a través de la mera concurrencia de intereses particulares. La actividad de regulación implica, en este marco, la sustitución, en un determinado ámbito de la esfera económica, de una regulación autónoma regida por los intereses privados, por una regulación pública definida de acuerdo con valores éticos y democráticos. Esta actividad reguladora se ha justificado, desde el punto de vista económico, a través de diversas teorías<sup>748</sup>, pero desde la perspectiva jurídica su exigencia surge del acuerdo que suponen las constituciones continentales, basadas en la concepción apuntada del poder público y que atribuyen por consiguiente una configuración jurídica limitada a los derechos económicos.

A pesar de que la actividad reguladora no supone en sí misma una satisfacción directa de las necesidades de procura existencial, requiriéndose para ello la realización de una actividad administrativa de prestación o servicio, la regulación supone en muchos ámbitos una limitación suficiente de los intereses individuales, imponiendo comportamientos en determinado sentido que aseguran la posición del individuo frente al libre juego de los intereses económicos –piénsese por ejemplo en las condiciones laborales, o en la protección del medio ambiente que se logra regulando el comportamiento de las empresas-<sup>749</sup>. Este instrumento supone, en relación con la esfera económica, la más importante facultad de incidencia, permitiendo al poder público la definición de la legalidad en este ámbito, y constituyendo por tanto el presupuesto de todas las otras formas de intervención económica.

La previsión de instrumentos reguladores en la norma constitucional responde por tanto, en todos los estados continentales, a una misma finalidad y concepción de la función estatal. Si las constituciones contienen un principio general de libertad, expresado en la proclamación de los derechos y libertades económicas, esta libertad no se concibe de forma absoluta ni

---

<sup>748</sup> La intervención del poder público en la economía se ha fundamentado desde el punto de vista económico en las deficiencias o fallos del mercado para la satisfacción del interés general, que se producen especialmente cuando existen externalidades, monopolios naturales o bienes colectivos donde las meras leyes de oferta y demanda no conducen al precio óptimo. Véase LÉVÊQUE, François; *Économie de la réglementation*, La Découverte, Paris, 2004, p. 7 y ss. Posteriormente, las corrientes neoliberales han apuntado a la existencia también de fallos del Estado como regulador, propugnando una potenciación del mecanismo de mercado.

<sup>749</sup> Se trata en esencia de una regulación de policía o limitadora de derechos individuales, que sirve no obstante también a la realización del interés general. Véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar; et aliter; *Principios de Derecho público económico*, op. cit., 2001, p. 252 y ss. Sobre el cambio en este tipo de regulación, destacando la incorporación de los actores privados como sujetos activos que realizan con sus actividades el interés general, BARNÉS VÁZQUEZ, Javier; “El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica”, en AAVV; *La Constitución económica. XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 36 y ss.

autorregulada, debiendo conciliarse con los intereses generales y sociales cuya definición resulta atribuida al poder público. El establecimiento de facultades de regulación de la esfera económica, tanto en su vertiente general de legislación y reglamentación como en su vertiente de planificación económica, supone por tanto una opción constitucional por una determinada distribución de la regulación entre el Estado y el mercado: el poder público obtiene, de acuerdo con las constituciones, una amplia facultad de ordenación jurídica, que se extiende sobre los propios derechos económicos, lo que le faculta para articular las limitaciones del orden económico que considere adecuadas como instrumento para la realización de los elementos materiales sociales.

## **ii. Los instrumentos de regulación de la esfera laboral**

Los instrumentos reguladores del ámbito laboral se expresan, en los estados continentales, en diversas facultades que se reconocen a nivel constitucional, tanto a los sujetos colectivos del trabajo como al propio Estado. A diferencia de los estados nórdicos, donde la regulación laboral pasa esencialmente por la actividad colectiva de negociación entre sindicatos y empresarios, en el modelo continental dicha actividad, siendo importante, se halla firmemente complementada por la regulación de las condiciones laborales por el Estado, y por el apoyo que el poder público proporciona a los sujetos colectivos, no hallándose su relación completamente regida por su autonomía. El contenido de dichas facultades de regulación viene en cierta medida determinado por las constituciones, a través de los derechos y mandatos en materia laboral que éstas contienen, y su alcance viene también definido en cierta medida por estos textos, por medio de los límites que establecen a la actividad de los sujetos colectivos y de los propios derechos económicos, que actúan como límite a la regulación del Estado. A pesar de la apertura de estos instrumentos a los intereses sociales, la determinación de su contenido y límites por las constituciones da lugar a una regulación más limitada del ámbito laboral, hallándose el conflicto laboral encuadrado por los cotos y cauces de la reforma social acordados a nivel fundamental.

El reconocimiento de los instrumentos de regulación de la esfera laboral se produce, en los estados continentales, a través de múltiples disposiciones que se hallan en el texto constitucional. Por un lado, las facultades que se atribuyen a los sujetos colectivos se establecen a través de derechos sociales de libertad, lo que se complementa a veces con el reconocimiento de las funciones que realizan los sindicatos en la esfera pública. Por otro lado, las facultades de regulación del Estado en materia laboral aparecen a través de derechos sociales a actuaciones públicas, que exigen precisamente el establecimiento por el legislador

de determinadas condiciones que se aseguren a los trabajadores en el marco de la relación laboral.

En el ámbito de las facultades de los sujetos colectivos, se reconoce en todas las constituciones continentales la libertad sindical<sup>750</sup>, así como el derecho a la huelga y a la adopción de otras medidas de conflicto colectivo<sup>751</sup>, el derecho a la negociación colectiva<sup>752</sup>, y el derecho a colaborar o participar en la gestión de la empresa<sup>753</sup> –a excepción de la Constitución alemana, donde estos últimos derechos se entienden comprendidos en la propia libertad sindical<sup>754</sup>-. Estos preceptos han tenido interpretaciones diversas, pero suponen en todo caso la atribución de facultades de regulación a los sindicatos a través de la negociación colectiva y, en su caso, la adopción de medidas de conflicto colectivo, que permiten la influencia de los trabajadores sobre las decisiones empresariales y el establecimiento de las condiciones laborales a través de la aprobación de convenios colectivos. Ello se complementa, en algunos estados, con el reconocimiento de la función de los sindicatos como organizaciones dotadas de especial relevancia constitucional: en la Constitución española, se reconoce el especial papel de los sindicatos en la defensa y promoción de los intereses que les son propios, estableciéndose su creación libre y su necesaria estructura y funcionamiento democráticos (art. 7); y de forma similar, en la Constitución italiana, se asegura el papel de los sindicatos, reconociendo la organización sindical libre de acuerdo con principios democráticos (art. 39).

El contenido de estas facultades de regulación de los sujetos colectivos viene determinado en cierta medida por las constituciones, no dejándose enteramente a la libre disposición de los actores sociales. La determinación por los textos constitucionales de los fines que debe perseguir la regulación realizada a través de estos derechos –por ejemplo, en la Constitución alemana, “la protección y mejora de las condiciones laborales y económicas (art. 9.3)-, así como de los límites que pueden encontrar a su ejercicio –piénsese, en la Constitución

---

<sup>750</sup> Véanse el artículo 9.3 de la Constitución alemana, el párrafo 6 del Preámbulo francés de 1946, el artículo 39 de la Constitución italiana, y el artículo 28.1 de la Constitución española.

<sup>751</sup> Véanse el párrafo 7 del Preámbulo francés de 1946, el artículo 40 de la Constitución italiana, y los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución española.

<sup>752</sup> Véanse el párrafo 8 del Preámbulo francés de 1946, el artículo 39.4 de la Constitución italiana, y el artículo 37.1 de la Constitución española.

<sup>753</sup> Véanse el párrafo 8 del Preámbulo francés de 1946 y el artículo 46 de la Constitución italiana. En la Constitución española, ello se prevé como un mandato de promoción de los poderes públicos (art. 129.2).

<sup>754</sup> Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional Federal alemán, considerando que el artículo 9.3 de la Ley Fundamental protege la asociación sindical como tal, y su derecho a perseguir los objetivos fijados en el artículo 9, mediante actividades específicamente relacionadas con la asociación, principalmente las de promover y garantizar las condiciones laborales y económicas (BVerfGE 4, 96; 19, 303).

española, en el límite de los servicios esenciales al derecho de huelga (art. 28.2) o en los límites que representan los derechos económicos- conlleva una facultad de regulación encuadrada por los textos constitucionales, que no permiten una total autonomía de los sujetos colectivos ni de sus decisiones: éstos quedan vinculados, a diferencia de los países nórdicos, a los términos definidos para sus facultades en el acuerdo fundamental, realizando su actuación, no sólo en base a un reconocimiento recíproco con los empresarios, sino como portadores de una función constitucional que se dota de apoyo estatal.

En esta perspectiva, es el Estado quien atribuye a estos sujetos capacidad reguladora autónoma en este ámbito, otorgando a los trabajadores instrumentos de organización y presión que los ubican en una situación de igualdad real respecto a los empresarios<sup>755</sup>. El contenido y efectos del proceso de la negociación colectiva no se halla, por tanto, determinado por la autonomía de la voluntad de las partes, sino que resulta del desarrollo legislativo de estos derechos, que fija los términos y condiciones de su ejercicio, pudiendo establecer los diversos elementos que determinan su alcance –por ejemplo, los sujetos legitimados para tal negociación, el contenido de la regulación, o los efectos y ámbitos de los convenios<sup>756</sup>-. Ello supone la aceptación por el Estado del papel de estas organizaciones en el ámbito social, si bien puede al mismo tiempo tener efectos perjudiciales para su autonomía: el Estado puede asimismo, cuando lo considere conveniente, restringir y limitar el proceso de negociación colectiva mediante su regulación legislativa, disminuyendo el alcance y efectos de los convenios colectivos, y no pudiendo los sujetos colectivos oponerse a ello más que con el ejercicio de los derechos de conflicto colectivo. Así sucede cuando, como se ha producido en los últimos años, se modifican las condiciones que fundaban la aceptación de dicha regulación autónoma por el poder público, pudiendo el Estado entonces retirar o disminuir los medios de apoyo a los trabajadores, y quedando éstos en una situación de acusada desigualdad respecto a la empresa<sup>757</sup>.

---

<sup>755</sup> En este sentido, AGUT GARCÍA, Carmen; “El derecho a la negociación colectiva en España: breves consideraciones”, en KURCZYN, Patricia (dir.); *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Néstor de Buen*, UNAM, México, 2003, p. 16, quien apunta que se trata de un derecho defensivo de trabajadores y empresarios frente al Estado, por el que éste debe abstenerse de interferir, al tiempo que garantiza y promociona la institución.

<sup>756</sup> Así sucede por ejemplo en España, donde el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores regula el procedimiento de la negociación colectiva y la naturaleza y efectos de los convenios (arts. 82 a 92).

<sup>757</sup> Así ha sucedido en España, con la reforma laboral introducida con el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, que permite en ciertas circunstancias la inaplicación por la empresa de los convenios colectivos (art. 82.3 Estatuto de los Trabajadores), introduce una prioridad para los convenios de empresa respecto a los convenios sectoriales estatales (art. 84.2 Estatuto de los Trabajadores), y limita la ultractividad de los convenios,

Las facultades de regulación del ámbito laboral se atribuyen, por otro lado, al propio Estado, a través de la previsión en los textos constitucionales de diversas disposiciones. Si en unos casos estas facultades derivan del poder general regulador del Estado, plasmándose únicamente en las cláusulas de distribución de competencias –por ejemplo, en Alemania y Francia<sup>758</sup>–, en otros casos se establecen en las constituciones derechos a actuaciones positivas, que requieren justamente la elaboración de una normativa estatal relativa a determinadas condiciones de la relación laboral. En la Constitución española, se reconoce el derecho a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente (art. 35.1), remitiendo al legislador la regulación de un estatuto de trabajadores (art. 35.2), y estableciendo un mandato para el fomento de la formación y readaptación profesionales, la protección de la seguridad e higiene en el trabajo y la garantía del descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados (art. 40.2). En la Constitución italiana, se establecen también mandatos en materia de retribución, de descanso semanal y vacaciones, remitiendo a la ley expresamente la regulación de la duración máxima de la jornada de trabajo (art. 36).

El contenido de dichas facultades de regulación tiene, en estos términos, diversos grados de determinación constitucional, si bien deja en todo caso un amplio margen de libertad al legislador. Ello es evidente en los casos en que las constituciones no establecen específicamente derechos a actuaciones positivas en materia laboral, pero se aplica también en los demás supuestos: la exigencia constitucional de un estatuto de los trabajadores, o de la regulación de la jornada de trabajo, no supone la determinación del contenido de la misma, dependiendo ésta de la valoración libre del interés general por el órgano democrático, al que únicamente se exige la realización de dicha regulación. El poder público tiene, por tanto, un notable margen de discrecionalidad en la determinación del contenido de la regulación laboral, actuando las disposiciones constitucionales únicamente como habilitaciones expresas a la regulación pública, en un ámbito –el orden económico– en el que anteriormente no se hubiera aceptado su intervención.

La ubicación de esta habilitación a la regulación de las condiciones laborales sobre el poder público –complementando y a veces sustituyendo la regulación autónoma de los agentes sociales– tiene, no obstante, consecuencias importantes en cuanto a las facultades de

---

suprimiendo el establecimiento de plazos legales para la denuncia, inicio y plazos de negociación para la renovación del convenio, así como la ultractividad de éstos a los dos años del vencimiento de su vigencia.

<sup>758</sup> La Constitución alemana establece la regulación laboral como materia concurrente entre la Federación y los *Länder* (art. 74.1.12<sup>a</sup>), lo que muestra la habilitación de los poderes públicos a realizarla. Asimismo, la Constitución francesa reserva al ámbito de la ley la regulación laboral y sindical (art. 34).

los sujetos colectivos, y al alcance de la mediación del poder público frente al mercado. Si a diferencia de los sistemas escandinavos los estados continentales sitúan la mayor responsabilidad de regulación laboral en el poder público –que fija las condiciones laborales mínimas-, considerando a los convenios colectivos únicamente como complemento –mejorando la protección legal-, ello supone, por un lado, la disminución de la fuerza social de los sindicatos, que resultan menos necesarios si ya existe una protección estatal<sup>759</sup>, y por otro, la reducción de la capacidad de limitación de la libre actuación económica privada, en cuanto los poderes públicos se hallan sujetos en mayor medida al contenido constitucional de los derechos económicos. La capacidad de limitación de la libre empresa, que se halla reconocida sin un límite de respeto al contenido esencial o al principio de proporcionalidad cuando proviene de la acción de los sujetos colectivos –piénsese en las medidas de conflicto colectivo o en la limitación que pueda alcanzarse a través de la negociación colectiva-, se reduce en cambio cuando dicha regulación proviene de los poderes públicos, que tienen una vinculación más clara a los derechos económicos, no pudiendo su regulación limitar excesivamente las facultades de estos sujetos.

La regulación laboral se caracteriza por tanto, en los estados continentales, por una mayor asunción de responsabilidad por el poder público, que implica también mayores límites a la capacidad de desmercantilización y mediación del Estado frente al *ius variandi* del empresario. Es cierto, como se ha visto, que los derechos económicos se conciben como derechos con un estatuto limitado, que admiten en su seno importantes limitaciones, pero el poder público se halla sujeto al menos a un contenido mínimo protegido por las garantías normativas de los derechos constitucionales, lo que no se exige en cambio a los sujetos colectivos. La mayor intervención pública en el ámbito laboral entraña, al mismo tiempo, una disminución de la capacidad de reforma social, que queda circunscrita a lo acordado en el texto constitucional: el poder público debe tener en cuenta este marco en el momento de concretar el interés general, hallando el equilibrio adecuado entre los intereses de los trabajadores y de los empresarios, y quedando excluida por tanto una completa reforma social que fuera más allá de los términos constitucionales.

---

<sup>759</sup> Ello explica el menor grado de afiliación sindical existente en los estados continentales, si se compara con la elevada afiliación que caracteriza a los sistemas nórdicos. Véase KAHN-FREUND, Otto; “The Changing Function of Labour Law”, en *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*, Basil Blackwell, Oxford, 1981, p. 172 y ss. El autor señala que en un sistema colectivista como el de Weimar, el Estado respetaba el conflicto social, sin negarlo ni suprimirlo, pero no le daba entera libertad sino que intentaba determinar el modo en que era conducido estableciendo normas jurídicas, y utilizando los resultados de cada etapa para hacer avanzar el Derecho.

### iii. Los instrumentos de regulación prestacionales

Los instrumentos de regulación de prestaciones aparecen asimismo reconocidos en las constituciones continentales, a través de múltiples disposiciones que permiten deducirlos. Más allá de la problemática que plantea la exigencia desde la Constitución de estas actuaciones – que ya se ha visto *supra* Sección II.B-, los poderes públicos quedan habilitados a la adopción de regulaciones que supongan la atribución de prestaciones económicas o de servicio, gozando de un amplio margen de libertad en la determinación de su contenido. Si el nivel y características de las prestaciones no resulta limitado en sí mismo por el texto constitucional, la limitación de estas facultades de regulación proviene de la capacidad financiera del Estado y, en concreto, de la configuración de su capacidad tributaria, cuya incidencia, a diferencia de los estados escandinavos, no puede limitar en exceso el derecho de propiedad.

El reconocimiento de las facultades de regulación de prestaciones se deriva de los textos constitucionales, ya sea de forma indirecta, deduciéndose de las disposiciones competenciales, o de forma directa, a través del reconocimiento de derechos u obligaciones en un determinado ámbito social. Ciertas constituciones –como la alemana- contienen únicamente una referencia a la regulación prestacional en el ámbito de la distribución competencial<sup>760</sup>, y sólo una previsión muy escueta de derechos que exijan una regulación prestacional –en el ámbito de la educación (art. 7)-. En los demás estados, la referencia a derechos u obligaciones sociales que implican actuaciones públicas de prestación indica, cuando menos, la habilitación a este tipo de regulaciones, como parte de las actuaciones necesarias para su realización: así sucede con los derechos a la protección de la salud<sup>761</sup>, a la educación y formación<sup>762</sup>; a la asistencia social y la seguridad social<sup>763</sup>, a la cultura<sup>764</sup>, al disfrute de un medio ambiente adecuado<sup>765</sup>, o a una vivienda digna<sup>766</sup>, cuyo reconocimiento

---

<sup>760</sup> Se reconocen en la Constitución alemana como materias de competencia concurrente la asistencia pública (art. 74.1.7<sup>a</sup>), la seguridad social y el seguro de desempleo (art. 74.1.12<sup>a</sup>), la regulación de becas de educación y la promoción de la investigación (art. 74.1.13<sup>a</sup>), y la regulación sobre hospitales (art. 74.1.19a).

<sup>761</sup> Véanse el párrafo 11 del Preámbulo francés de 1946, el artículo 32 de la Constitución italiana y el artículo 43 de la Constitución española.

<sup>762</sup> Párrafo 13 del Preámbulo francés de 1946, artículo 34 y 38.3 Constitución italiana, y artículo 27.1 Constitución española.

<sup>763</sup> Párrafo 13 del Preámbulo francés de 1946, artículo 38.1 de la Constitución italiana, y artículo 41 Constitución española.

<sup>764</sup> Artículo 44.1 de la Constitución española.

<sup>765</sup> Artículo 45.1 de la Constitución española.

<sup>766</sup> Artículo 47.1 de la Constitución española.

expreso, cualquiera que sea su forma, sitúa en el poder público una obligación de realización que habilita a la regulación necesaria para conseguirlo.

El contenido de la regulación prestacional no viene determinado en detalle, no obstante, en las disposiciones constitucionales, que establecen únicamente, como se vio, el bien final a realizar por el poder público, pero no los medios por los que debe conseguirse. La determinación del contenido de las regulaciones queda, por tanto, definido sólo en parte por la norma constitucional, adquiriendo el legislador una cierta libertad a la hora de organizar y establecer el nivel y forma de prestación, ya sea a través de atribuciones económicas o de la puesta en pie o desarrollo de servicios públicos. Las disposiciones constitucionales pueden hacer referencia a ciertos caracteres de estas prestaciones –por ejemplo, el carácter gratuito de la educación básica, los riesgos que deben quedar cubiertos por la seguridad social, o el carácter público de cierto servicio-, pero más allá de ello la regulación de las mismas corresponde al legislador, que determina su contenido concreto, de acuerdo con la prefiguración constitucional del derecho<sup>767</sup>.

La regulación propiamente de estas prestaciones no adquiere tampoco límites explícitos en la norma constitucional, sino que éstos se hallan más bien situados en la utilización y obtención de los instrumentos financieros necesarios para su realización. La capacidad tributaria del Estado, que actúa como instrumento al servicio de la previsión y atribución de dichas prestaciones, se prevé en todas las constituciones continentales, que establecen además el deber de contribuir a los gastos públicos (art. 13 Declaración francesa de 1789, art. 53 Constitución italiana, art. 104 Constitución portuguesa, art. 31 Constitución española). La potestad tributaria, establecida en los diversos textos como facultad del Estado de imponer tributos y tasas, se reconoce al mismo tiempo con ciertos requisitos de forma y contenido, y limita con la protección del derecho de propiedad, que no puede quedar excesivamente gravado por la regulación fiscal.

La potestad tributaria del Estado viene establecida en los textos fundamentales, que prevén, a diferencia de los países nórdicos, los principios que deben orientar la exacción de tributos y la forma en que debe realizarse. En todos los casos se hace referencia al principio de progresividad (art. 13 Declaración francesa de 1789, art. 53 Constitución italiana, art. 104 Constitución portuguesa, art. 31 Constitución española), debiendo el particular contribuir en función de su capacidad económica, y mencionándose asimismo el principio de igualdad (art. 13 Declaración francesa de 1789, art. 31 Constitución española), así como la prohibición de

---

<sup>767</sup> Véase sobre ello *supra* Sección II.B.

que el sistema impositivo tenga un carácter confiscatorio (art. 31 Constitución española). El establecimiento de tributos se reserva, en todo caso, al poder legislativo (art. 34 Constitución francesa, art. 81 Constitución italiana, art. 103.2 Constitución portuguesa), teniendo los entes territoriales y locales también ciertas facultades de exacción de tributos (art. 133.2 Constitución española).

La regulación de prestaciones y su financiación a través de la potestad tributaria del Estado, estableciendo un sistema redistributivo, hallan su límite, no obstante, en el derecho de propiedad, que se ha considerado en los sistemas continentales como elemento que puede quedar cuestionado por el gravamen de los distintos bienes del individuo. A pesar de que este límite ha sido valorado con cautela por los Tribunales constitucionales, que sancionan únicamente las situaciones en que los deberes de tributación sean excesivamente gravosos para el individuo –perjudicando fundamentalmente su situación patrimonial-, se ha entendido, a diferencia de la concepción tradicional en los países escandinavos, que la legislación fiscal debe respetar el derecho de propiedad, quedando el nivel de imposición subordinado a la garantía de la propiedad individual: así lo ha apreciado, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, quien ha considerado que “el sistema fiscal tendría efecto confiscatorio si mediante la aplicación de las diversas figuras tributarias vigentes, se llegara a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades”, y que sería evidente “el resultado confiscatorio de un Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas cuya progresividad alcanzara un tipo medio de gravamen del 100 por 100 de la renta”<sup>768</sup>. El Tribunal ha reconocido la dificultad, más allá de estos casos extremos, de “situar con criterios técnicamente operativos la frontera en la que lo progresivo o, quizá mejor, lo justo, degenera en confiscatorio”, valorando no obstante en cada caso concreto el carácter de las medidas aplicadas<sup>769</sup>.

Ello supone, en los sistemas continentales, un mayor límite de la capacidad redistributiva, que linda con el derecho de propiedad, no pudiendo gravar las rentas o patrimonio de forma excesiva, tanto en relación con personas físicas como personas jurídicas. La actividad redistributiva, que se ejerce a través del sistema fiscal –o parafiscal- recaudando las contribuciones de cada sujeto conforme a su capacidad y atribuyendo posteriormente las prestaciones económicas pertinentes, o los servicios de los que tenga necesidad, queda también sujeta al marco constitucional establecido, y por ello circunscrita al ámbito de no

<sup>768</sup> STC 150/1990, FJ 9. En sentido similar ha entendido este límite el Tribunal Constitucional Federal alemán, véase BVerfGE 19, 253; 23, 288, entre otras.

<sup>769</sup> STC 150/1990, FJ 9, considerando que el recargo aplicado en el caso concreto no vulneraba este límite.

afectación de los derechos económicos. Ello deja un margen importante de valoración al legislador, pero supone la exclusión de una total reforma social, o de niveles de imposición que supusieran una radical transformación de los fundamentos del sistema económico establecido: los instrumentos del Estado quedan en este sentido limitados por el marco constitucional, que determina las opciones posibles dentro de un sistema basado en la propiedad privada y la libre empresa, cuyas bases no cabe alterar en virtud de una ley.

La regulación de prestaciones económicas y de servicio tiene, así, un menor potencial desmercantilizador, en la medida en que su contenido redistributivo no podrá ser tan elevado y comprensivo como en los estados nórdicos. Si es cierto que los sistemas prestacionales – por ejemplo, de seguridad social- ejercen en los estados continentales una importante función de aseguramiento de la posición del individuo ante el mercado, la mediación frente a la libre actuación de los sujetos económicos se ha producido, en mayor medida, a través de la limitación *ex ante* de su ámbito de actuación –por medio de los instrumentos administrativos, que permiten la actuación económica del Estado y la exclusión en ciertos casos de la iniciativa privada-, teniendo una menor capacidad de incidencia en la limitación *ex post* de estos derechos –a través del sistema redistributivo-. Los estados continentales se han apoyado en mayor medida en la limitación previa al ejercicio y al ámbito de la libertad de empresa, situando la actividad redistributiva en un segundo nivel en cuanto a su capacidad de limitación del mercado. Ello tendrá consecuencias importantes, como se verá, en cuanto a la influencia del Derecho de la Unión Europea, que prioriza una serie de instrumentos y no admite en cambio otros mecanismos no conformes con sus postulados.

#### **iv. Los instrumentos reguladores de la esfera económica general**

Los instrumentos reguladores de la esfera económica aparecen establecidos en las constituciones continentales con diversas formas e intensidades. Por una parte, las facultades de regulación en este ámbito se desprenden de los poderes normativos atribuidos de forma general a los diversos poderes públicos –ya sea el legislador o los órganos administrativos-, mientras que por otra, ciertos instrumentos se prevén en algunos estados de forma específica para el ámbito económico –especialmente, los mecanismos de planificación económica-. El contenido de estos instrumentos tiene cierta determinación en las normas constitucionales, si bien deja al legislador un notable espacio de libertad para su configuración, y limita únicamente con los derechos económicos, considerados en este ámbito ampliamente limitables por las regulaciones estatales. Se trata, por tanto, de instrumentos que habilitan una fuerte intervención del poder público, que puede, en virtud de su valoración del interés

general, entrar a regular diversos ámbitos, ejerciendo una intensa mediación frente a la regulación privada en el mercado.

Los poderes normativos de los órganos estatales se establecen de forma clara y precisa en todas las constituciones continentales, previendo tanto el procedimiento que los rige como los ámbitos de su utilización. En relación con la regulación legislativa, el procedimiento de elaboración y adopción de los diversos tipos de leyes o normas con rango de ley aparece regulado detalladamente en sus distintas fases, que pueden diferir entre los diversos sistemas (arts. 77 a 82 de la Constitución alemana, arts. 70 a 77 de la Constitución italiana, arts. 39 a 46 de la Constitución francesa, arts. 87 a 91 de la Constitución española). Los ámbitos en que puede incidir dicha regulación, entre los que se hallan algunos aspectos de la esfera económica, se derivan también de las disposiciones constitucionales: por un lado, en ciertos estados se deducen de la distribución competencial entre los diversos niveles territoriales, que hace referencia a la legislación en materia económica<sup>770</sup>; por otro lado, en otros sistemas ello aparece en la regulación del ámbito de la reserva de ley, que muestra la posibilidad de intervención de esta fuente en numerosos aspectos de la vida económica, estableciendo así los espacios en que puede utilizarse dicha forma de regulación<sup>771</sup>. Además, la potestad legislativa como instrumento de regulación de la esfera económica aparece, en todos los estados, como resultante del propio reconocimiento constitucional de los derechos económicos, que, como se vio, contiene amplias referencias al legislador para su concreción y desarrollo: tanto en el derecho de propiedad como en la libertad de empresa, la garantía constitucional se abre al legislador para la determinación de su contenido y alcance<sup>772</sup>, ofreciendo por tanto a la ley un importante instrumento de realización de elementos sociales.

---

<sup>770</sup> La Constitución alemana, por ejemplo, establece la competencia legislativa exclusiva de la Federación sobre unidad duanera y área de comercio, sobre los Tratados relativos al comercio y a la navegación, sobre la libre circulación de mercancías y el intercambio de bienes y pagos con países extranjeros (art. 73.1.5), así como el transporte aéreo (art. 73.1.6), la gestión de los ferrocarriles que le pertenezcan (art. 73.1.6a), los servicios postales y de telecomunicaciones (art. 73.1.7), derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual (art. 73.1.9), o la energía nuclear (art. 73.1.14). La Constitución española, por su parte, prevé la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil (art. 149.1.6<sup>a</sup>), la legislación sobre propiedad intelectual e industrial (art. 149.1.9<sup>a</sup>), la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17<sup>a</sup>), o la legislación, ordenación y concesión de ciertos recursos y aprovechamientos hidráulicos (art. 149.1.22<sup>a</sup>), entre otros. Ambas constituciones atribuyen, asimismo, las correspondientes facultades legislativas en materia económica a los entes territoriales.

<sup>771</sup> La Constitución francesa, por ejemplo, reserva a la ley la materia tributaria, la creación de categorías de establecimientos públicos, las nacionalizaciones de empresas, los principios fundamentales del régimen de la propiedad, la financiación de la Seguridad Social, y las orientaciones de las finanzas públicas (art. 34).

<sup>772</sup> Véase en relación con el derecho de propiedad el artículo 14.1 de la Constitución alemana, que establece que “su contenido y límites deberán definirse por las leyes”; el artículo 42.3 de la Constitución italiana, que remite a la ley las modalidades de adquisición y goce de la propiedad y los límites de la misma; el artículo XVII de la Declaración francesa de 1789, que remite a la ley la constatación de una necesidad pública justificadora de la

Las facultades de regulación por la vía legislativa aparecen, por tanto, expresamente establecidas en todos los estados, a pesar de no hallar un tratamiento unitario en un solo precepto. Si la previsión de tales facultades puede parecer irrelevante, en tanto el Parlamento puede, como órgano soberano, regular todas las facetas de la realidad social que considere oportunas –siempre dentro de los límites de la Constitución–, la conexión de la potestad legislativa con la esfera económica se revela importante, en la medida en que habilita una intervención anteriormente rechazada, y emplaza al legislador a una regulación que ordene el ámbito económico asegurando la realización de los elementos sociales<sup>773</sup>. Asimismo, la regulación de la esfera económica por vía reglamentaria y a través de los actos normativos de la Administración queda habilitada por los textos constitucionales: a pesar de que esta actuación normadora administrativa aparece con mucha menor intensidad en los textos constitucionales, siendo contemplada únicamente como facultad atribuida de forma general al Gobierno y a la Administración (art. 84 Constitución alemana, art. 117 Constitución italiana, art. 37 y 72 Constitución francesa, art. 97 y 105 Constitución española), su posibilidad de intervención no queda excluida, salvo en lo que se refiere al desarrollo esencial de los derechos económicos, que queda normalmente reservado a la ley. La mayor flexibilidad del procedimiento en la elaboración de este tipo de normas ha propiciado, en la práctica, una regulación de la esfera económica que, si bien tiene sus grandes rasgos establecidos a nivel legislativo, halla en las normas administrativas gran parte de su contenido<sup>774</sup>.

El contenido de estas facultades generales de regulación viene condicionado en cierta medida por los elementos de la parte dogmática de las constituciones. En relación con la actividad legislativa, ello se plasma en la sumisión de la ley al control de constitucionalidad en todos los estados –lo que indica su vinculación a los elementos materiales previstos en la

---

expropiación; o el artículo 33.2 de la Constitución española, que prevé la delimitación de su contenido por su función social, de acuerdo con las leyes. En relación con la libertad de empresa, es la regulación de su ejercicio lo que habitualmente se remite a la ley (art. 12.1 Constitución alemana, art. 41.3 Constitución italiana, art. 38 y 53.1 Constitución española). Véase *supra* en este Capítulo Sección II.C.

<sup>773</sup> Así se refleja, de hecho, en la legislación económica que adoptan los diversos estados, especialmente a partir de la segunda posguerra. Véase sobre la importancia creciente de la legislación económica COLSON, Jean-Philippe; IDOUX, Pascale; *Droit public économique*, L.G.D.J., Paris, 2010 (5ª ed.), p. 56 y ss. BASSOLS COMA, Martín; “La Constitución como marco de la legislación económica”, en *Economía Industrial*, núm. 349-350, 2003, p. 21.

<sup>774</sup> La Administración en los distintos niveles territoriales, que ejerce en la práctica un control estricto sobre las actividades industriales y comerciales privadas: ésta puede exigir el cumplimiento de ciertas condiciones para su ejercicio, y subordinar su realización a determinadas actuaciones, como la notificación a los poderes públicos, la aprobación posterior por la Administración, o la obtención de una autorización o licencia previa. Así lo indica MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián; *Derecho administrativo económico*, *op. cit.*, 1988, p. 191 y ss, realizando una tipificación de los procedimientos de ejercicio de la disciplina jurídico-administrativa de la actividad económica privada, que van desde una situación de total libertad hasta una situación de prohibición absoluta de la actividad.

parte dogmática-, pero no en un establecimiento expreso de las finalidades que debe seguir la legislación económica, dejando al legislador la propia concreción de tales aspectos. Lo mismo sucede en relación con la potestad reglamentaria: su sujeción a los elementos materiales de la Constitución deriva de su posición en el sistema de fuentes que contienen los textos constitucionales, pero el propio precepto que regula este instrumento no establece, más allá de la posible referencia al interés general, los aspectos que deben realizarse a través de este tipo de regulación<sup>775</sup>.

La doctrina ha intentado, en este marco, establecer los distintos tipos de contenido que pueden tener las regulaciones de la esfera económica, especialmente en relación con la normación administrativa. La diversidad de fórmulas y técnicas conduce a una difícil categorización de todos los supuestos, pero pueden identificarse de forma general diversos contenidos según el objeto que tome la regulación concreta: puede tratarse así de una ordenación de los elementos subjetivos de la empresa, que regule los requisitos para su constitución, sus formas organizativas, o los tipos jurídicos que puede adoptar; puede ser una ordenación de la actividad de la empresa, sujetando su desarrollo a inspecciones, autorizaciones, o aprobaciones, y regulando su localización, su financiamiento o estableciendo modelos de contratación; y puede constituir por último una ordenación relativa a la producción de la empresa, que establezca límites máximos y mínimos en su cuantía, o que fije el régimen de seguridad, la inscripción y composición de los productos, la imposición preceptiva de indicaciones relativas a precios, o las condiciones de circulación y transporte<sup>776</sup>.

También los límites al contenido de dichas regulaciones se establecen en las normas constitucionales. Éstos se desprenden, en todas las constituciones, del reconocimiento de los derechos económicos, si bien tienen un carácter matizado, en la medida en que la determinación del contenido de estos derechos integra intereses sociales, cuya concreción se remite al legislador<sup>777</sup>. Por ello, la limitación que estas disposiciones suponen a la regulación sobre la esfera económica tiene un carácter relativo: si como se dijo la legislación no puede

---

<sup>775</sup> La referencia al interés general se produce sólo en la Constitución española, y no únicamente en relación con la potestad reglamentaria sino con respecto a toda la actuación administrativa (art. 103.1).

<sup>776</sup> Así lo establece GIANNINI, Massimo Severo; *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bolonia, 1989 (3ª ed.), p. 39 y ss. Siguiendo el mismo esquema en la doctrina española, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián; *Derecho administrativo económico*, op. cit., 1988, p. 194 y ss. En la doctrina francesa, DELVOLVÉ distingue entre diversas técnicas de limitación –legislación, reglamentación y decisiones judiciales-, que pueden dar lugar a diferentes contenidos, desde un régimen de declaración de la actividad, a un régimen de reglamentación, un régimen de autorización previa, un régimen de interdicción total, y un régimen de monopolio. Véase DELVOLVÉ, Pierre; *Droit public de l'économie*, op. cit., 1998, p. 146 y ss.

<sup>777</sup> Véase *supra* en este Capítulo Sección II.C.ii.a.

desconocer absolutamente el interés individual, que se halla en el centro del derecho, más allá de esta absoluta supresión el legislador puede moldear y adaptar su contenido, de acuerdo con su consideración conforme a los intereses generales.

El legislador tiene, por tanto, una particular vinculación a los derechos económicos, que le exige el respeto a las exigencias del principio de proporcionalidad pero le confiere, al mismo tiempo, un cierto margen de actuación sobre su contenido. Es cierto que la intervención sobre las libertades económicas está sujeta al principio de proporcionalidad, lo que exige, según ha señalado la doctrina, la existencia de un motivo constitucionalmente legítimo, la idoneidad de los instrumentos de intervención elegidos, su absoluta necesidad en el sentido del medio menos gravoso, así como un equilibrio entre la trascendencia de la intervención y la utilidad obtenida<sup>778</sup>. Pero el legislador tiene, en este ámbito, un cierto margen de apreciación: éste debe operar con predicciones, cuyas exigencias de objetividad son sólo de carácter procedimental, es decir que lo que se le exige es la obtención de toda la información posible, y la formulación de estimaciones acerca del futuro que respondan a una apreciación objetivamente aceptable de la información a su alcance<sup>779</sup>.

Por ello, los Tribunales constitucionales han considerado en general las regulaciones económicas con un cierto grado de deferencia, entendiendo que corresponde a la ley en gran medida determinar el contenido de estos derechos y libertades. Ello es evidente, como se vio, en el derecho de propiedad –donde los Tribunales renuncian por lo general a establecer un concepto abstracto del derecho–, pero se produce también en relación con la libertad de empresa, cuyo contenido esencial se define por la jurisdicción constitucional de forma muy restringida, admitiendo amplias limitaciones al derecho<sup>780</sup>.

---

<sup>778</sup> En este sentido, y también para lo que sigue, PAPIER, Hans-Jürgen; “Ley Fundamental y orden económico”, *op. cit.*, 2001, p. 597.

<sup>779</sup> BVerfGE 25, 1; 30, 250.

<sup>780</sup> En Alemania, por ejemplo, ello se ha articulado a través de la teoría de los niveles de intervención en la libertad de profesión (art. 12.1 Ley Fundamental), que habilitan diversos grados de limitación del derecho en función de los aspectos de su contenido que queden afectados (véase *supra* apartado II.C). En Francia, a pesar de que ello ha ido evolucionando en los últimos años, el Consejo Constitucional ha considerado la libertad de empresa como existente únicamente en el marco de la reglamentación establecida por la ley, considerando que la supresión o limitación de una determinada profesión no supone una desnaturalización de su contenido (Decisión del Consejo Constitucional nº 82-141 DC de 27 de julio de 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, y nº 93-316 DC de 20 de enero de 1993). La posible justificación de las restricciones legislativas en motivos de interés general ha generado un extenso poder de apreciación del legislador, que el Consejo Constitucional sólo censura en caso de error manifiesto. En el Estado español, a pesar de haber abordado la definición de los términos del artículo 38 de la Constitución española, el Tribunal Constitucional no ha establecido un contenido esencial absoluto, que sea en todo caso intangible para el legislador, sino que ha adoptado una posición relativista en relación con este contenido, aplicando el principio de proporcionalidad en toda su extensión (SSTC 66/1991 y 109/2003). La amplitud de las justificaciones que puede alegar el legislador para su restricción –piénsese en la referencia a “las exigencias de la economía general” y de “la planificación” (art. 38 Constitución

Por otra parte, las constituciones continentales hacen referencia asimismo a la facultad de planificación de la actividad económica, que aparece con distintos perfiles en cada estado, pero que constituye en todo caso uno de los instrumentos esenciales de los ordenamientos continentales para la conformación y orientación de la esfera económica. La planificación pretende, en su construcción continental desde principios del siglo XX, una racionalización de la actividad económica tanto a nivel formal como material, orientando su desarrollo y ejercicio de acuerdo con determinados postulados de valor y en vista a la realización de los objetivos establecidos por el poder público.

El reconocimiento constitucional de este instrumento varía en cada ordenamiento, si bien responde en general a unos mismos principios. La planificación, también denominada a veces en los textos constitucionales “programación”, aparece como facultad atribuida a los poderes públicos –en general, al legislador, pero admitiendo también la entrada de la Administración<sup>781</sup>-, determinándose a veces los fines u objetivos que debe perseguir –fines sociales y de desarrollo económico<sup>782</sup>-, y estableciéndose en todo caso el procedimiento por el que debe ser elaborada<sup>783</sup>. No se regulan, en cambio, los efectos que tienen estos planes para el conjunto de operadores públicos y privados en el sistema económico: las constituciones permiten, por tanto, una actividad planificadora de distinto signo –tanto vinculante como puramente informativa-, cuyos efectos concretos dependerán de lo establecido en el concreto instrumento jurídico que apruebe los planes, y cuyo límite se sitúa únicamente en el respeto a

---

española)- supone una extensa legitimación a la ley, que puede aducir prácticamente la totalidad de tareas del Estado social o incluso elementos de equilibrio financiero para justificar su regulación. En este sentido, PAZ-ARES, Cándido; ALFARO AGUILA-REAL, Jesús; “Un ensayo sobre la libertad de empresa”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio; *et alter* (eds.); *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, Tomo IV, p. 5971 y ss.

<sup>781</sup> La actividad de planificación se atribuye por lo general a la ley. La Constitución francesa establece dentro del ámbito del legislador las leyes de programación de los objetivos del Estado (art. 34); la Constitución italiana atribuye a la ley la determinación de los “programas y controles” relativos a la actividad económica pública y privada (art. 41.3); y la Constitución española atribuye la planificación de la actividad económica general al Estado, mediante ley (art. 131.1).

<sup>782</sup> Según la Constitución italiana, la programación económica debe encaminarse a la coordinación de la actividad económica pública y privada con fines sociales (art. 41.3). Según la Constitución española, la planificación tiene el objetivo de atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial, y estimular el crecimiento de la renta y la riqueza y su más justa distribución (art. 131.1). En términos similares el artículo 90 de la Constitución portuguesa establece también los objetivos de los planes.

<sup>783</sup> Este procedimiento deriva, en unos casos, de la exigencia de su aprobación por ley (art. 41.3 Constitución italiana), y en otros casos se establece con requisitos específicos, que conllevan una mayor consulta y concertación con las entidades sociales (art. 131.2 Constitución española, art. 70 Constitución francesa).

la libertad de empresa, excluyendo una planificación vinculante y total de la actividad económica del sector privado<sup>784</sup>.

El objeto de la planificación económica viene establecido de forma genérica en las constituciones, que establecen así la potestad del Estado para la dirección del proceso económico global. Se hace referencia, en concreto, a la planificación de la “actividad económica general” (art. 131.1 Constitución española), a la programación de la “actividad económica pública y privada” (art. 43.1 Constitución italiana), a planes de programación de “carácter económico, social o medioambiental” (art. 70 Constitución francesa), y a planes de “desenvolvimiento económico y social” (art. 90 Constitución portuguesa). Ello muestra la previsión de unas facultades reguladoras que tienen un amplio alcance, pudiendo afectar a todos los sectores de la esfera económica y social, y estableciéndose asimismo sobre todo tipo de actores –tanto públicos como privados-<sup>785</sup>.

Los elementos materiales a los que debe dirigirse el instrumento de la planificación se hallan también establecidos en los textos constitucionales. Se trata, en la mayoría de casos, de elementos de carácter económico –por ejemplo, estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza (art. 131.1 Constitución española) o promover el crecimiento económico (art. 90 Constitución portuguesa)-, pero que se ligan a la realización de elementos sociales: se hace referencia a la realización de las necesidades colectivas (art. 131.1 Constitución española), al equilibrio y desarrollo armonizado de las regiones y sectores (art. 131.1 Constitución española, art. 90 Constitución portuguesa), a la promoción de una justa distribución de la renta y la riqueza (art. 131.1 Constitución española, art. 90 Constitución portuguesa), a la coordinación de las políticas sociales con las políticas económicas, la defensa del mundo rural y del medio ambiente y la calidad de vida (art. 90 Constitución portuguesa), y a la realización en general de fines sociales (art. 41.3 Constitución italiana). La previsión de dichos fines materiales de la planificación ha sido, no obstante, abiertamente contestada en la doctrina, que la ha calificado de innecesaria y ha considerado su establecimiento como no limitativo<sup>786</sup>.

---

<sup>784</sup> Así lo considera la mayoría de la doctrina, en especial DE JUAN ASENJO, Oscar; *La Constitución económica española*, op. cit., 1984, p. 215; FONT GALÁN, Juan Ignacio; *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 157.

<sup>785</sup> Así lo ha subrayado, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, considerando que el Estado “puede, a través de los planes previstos en el art. 131 de la Constitución, fijar las bases de la ordenación de la economía en general y de sectores económicos concretos –dado que el artículo 149.1.13ª de la Constitución no establece límites en cuanto al contenido material de la planificación económica-”. Véase la STC 76/1983 (FJ 14)..

<sup>786</sup> En este sentido, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián; *Derecho administrativo económico*, op. cit., 1988, p. 366. BASSOLS COMA ha considerado que la determinación de los fines de los planes supone una vinculación al legislador a predisponer los medios para realizarlos, y un criterio para el Juez constitucional para

La planificación económica debe aprobarse por ley según los textos constitucionales, adoptándose por tanto por el procedimiento legislativo que se prevea en cada estado, y ligada a la expresión democrática de los intereses de la ciudadanía. Pero esta legitimación democrática y apertura se lleva incluso más allá, exigiendo en algunos casos, en su elaboración, etapas específicas de consulta e incluso la creación de órganos que representen los intereses de los grupos sociales y económicos: así sucede, por ejemplo, en la Constitución francesa, que exige el dictamen del Consejo económico, social y ambiental (art. 70), así como en la Constitución española, que prevé la elaboración de los proyectos de planificación por el Gobierno, conforme a las previsiones suministradas por las comunidades autónomas, y con la participación de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas, debiendo constituirse un Consejo para realizar dicha actividad (art. 131.2)<sup>787</sup>. Ello ha conducido, por su carácter estricto, a una cierta huida de este procedimiento y a la adopción de planes a través otras vías más flexibles<sup>788</sup>.

Los instrumentos de regulación de la esfera económica adquieren, por tanto, una importante virtualidad en el modelo continental, habilitando al poder público a establecer las condiciones y requisitos que debe cumplir el ejercicio de la actividad económica privada. Ello permite la realización de una intensa mediación del Estado frente al mercado, regulando *ex ante* el ejercicio de los derechos económicos, y abriendo así un espacio para la realización de las políticas sociales generales que se consideren necesarias por el órgano democrático. Si la planificación económica general tiene, en la actualidad, una menor relevancia, la utilización de planes y programas sectoriales ha alcanzado también una notable virtualidad para la realización de políticas públicas. Estos instrumentos permiten, así, la introducción de

---

verificar la constitucionalidad del plan, pero considera que los fines establecidos no tienen carácter limitativo. Véase BASSOLS COMA, Martín; *Constitución y sistema económico*, *op. cit.*, 1988 (2ª ed.), p. 236.

<sup>787</sup> Este Consejo, como se sabe, no se ha creado nunca, optando el Estado español por la realización de planificaciones sectoriales por otras vías, menos exigentes que el procedimiento del artículo 131.2 de la Constitución española. Véase BASSOLS COMA, Martín; “La planificación y la intervención pública en la economía”, en AAVV; *La empresa en la Constitución española*, Fomento del Trabajo Nacional, Aranzadi, Pamplona, 1989, p. 146. Según el autor, su aprobación por ley está en congruencia con su carácter general, y tiene la doble función de legitimar las posibles limitaciones a los derechos de índole económica, y de indicar que la decisión definitiva sobre el esquema planificador y su contenido es una decisión política, reservada íntegramente al Parlamento.

<sup>788</sup> En Francia, los planes han sido tradicionalmente elaborados como documentos públicos anexados a una ley que los aprobaba, escapando así a una elaboración siguiendo el procedimiento legislativo. En España, el instrumento del artículo 131 de la Constitución no ha sido utilizado, elaborándose planes sectoriales y acuerdos de concertación por otras vías, y siendo finalmente la elaboración del presupuesto la mayor expresión de una cierta planificación. El Tribunal Constitucional español ha admitido la elaboración de otro tipo de planes, no generales, a través de un procedimiento distinto al previsto en el artículo 131 de la Constitución (STC 29/1986).

elementos de interés público e interés general en el mercado, alterando su funcionamiento autónomo y orientando a los actores privados a determinados fines públicos.

## **B. Instrumentos administrativos**

Las constituciones continentales hacen referencia, junto a las técnicas reguladoras mencionadas, a una serie de instrumentos administrativos que permiten al Estado una cierta intervención en el sistema económico. Se trata de mecanismos que inciden en la esfera económica, no a través de la regulación pública, sino por medio de la acción de la Administración en diversas formas –actuaciones de servicio-, aplicada sobre la esfera del mercado. Estos mecanismos tienen, como se verá, un cierto anclaje en las normas constitucionales, que precisan el contenido de las facultades atribuidas y sus límites. Pueden distinguirse, como en el modelo nórdico, ciertos instrumentos que implican la realización de actividades económicas por el poder público –sin una necesaria exclusión de la iniciativa privada- (apartado ii), y otros instrumentos que suponen la limitación o exclusión total de la actividad económica privada, reservando la actividad al sector público (apartado iii). En ambos casos, la intervención administrativa responde a una finalidad común de estos instrumentos, que denota una concepción compartida sobre el papel del Estado (apartado i).

### **i. La concepción subyacente a los instrumentos administrativos**

Aunque el reconocimiento de instrumentos administrativos se produce en formas variadas, su aparición responde a una misma concepción subyacente que muestra, de forma similar a lo expuesto en relación con los elementos reguladores, una opción constitucional por la atribución al Estado de un determinado papel en relación con el sistema económico. El establecimiento de estas facultades administrativas, como instrumentos que el poder público puede utilizar para intervenir y orientar el sistema económico, supone la consideración del mismo como objeto de regulación constitucional, sujeto a las limitaciones que en él pueda establecer el Estado en aras a la realización del interés general. En un marco en el que se considera que este interés general no puede realizarse por la mera concurrencia entre intereses individuales, resulta que su consecución requiere, no únicamente de una regulación pública del sistema económico, sino también de mecanismos por los que el Estado pueda intervenir realizando efectivamente los elementos que define, y modificando por tanto las relaciones económicas existentes.

La actividad administrativa aparece en los sistemas continentales como función del Estado que contribuye de modo esencial a la realización del Estado social. El aparato administrativo

—en sus diversos órganos y niveles— representa el órgano indispensable por el que se ejecutan y se aplican las decisiones de realización de determinados elementos materiales, en una actuación que tiene directamente incidencia sobre la esfera social y económica. La Administración lleva a cabo, así, los elementos previamente definidos normativamente: su actividad implica la promoción de los intereses vitales de la comunidad, en una actuación que atiende principalmente a su relación con la esfera social externa, ya sea ordenando los medios económicos, garantizando los derechos de los individuos, o dirigiendo la vida social en el Estado<sup>789</sup>. Si la actuación administrativa ha supuesto, de hecho, la intervención de este órgano sobre el sistema económico desde el momento de su aparición histórica<sup>790</sup>, el sentido de la actividad administrativa se modifica en el Estado social, como lo hace la relación entre Estado y ciudadano, expandiéndose su ámbito de actuación y ampliándose sus poderes de incidencia en la esfera social y económica, considerándose la intervención administrativa como actividad imperativa, imprescindible para el desarrollo y subsistencia de los individuos.

Es cierto que, inicialmente, estos mecanismos de intervención pública se articulan en el Estado social como vías de transformación del sistema económico, dejando abierta la puerta hacia una evolución que estableciera otras formas de propiedad y distribución de los medios de producción. La ausencia de sanción explícita de un sistema económico determinado —más allá en algunos casos de una mención genérica a la economía de mercado sin concretar su forma— junto con la apertura y volubilidad de los derechos económicos, parecían posibilitar una aplicación intensa de los instrumentos administrativos, que llevara, si así se deseaba políticamente, a una modificación de las formas de producción y de los títulos de acceso a la propiedad<sup>791</sup>. Pero esta posibilidad, dejada inicialmente abierta al legislador, va cerrándose

---

<sup>789</sup> En este sentido, POSADA, Adolfo; “Introducción al estudio del Derecho administrativo”, en MEYER, J; *La administración y la organización administrativa en Inglaterra, Francia, Alemania y Austria*, Analecta, Pamplona, 2003, p. 22-23, quien define la actividad administrativa como la gestión de los recursos para la existencia del Estado.

<sup>790</sup> Ya en la época del absolutismo, e incluso antes, la Administración desarrolla una tarea importante de orientación del sistema económico y social, ofreciendo auxilios y ayudas a los particulares e incluso interviniendo directamente como productor de bienes y servicios. Incluso en el Estado liberal, son abundantes los ejemplos de estímulos a la actividad económica, y en especial de sectores industriales concretos y de actividades agrícolas. Se desarrolló, junto a la actividad de fomento, un cierto sector público industrial en los diversos estados, así como una actividad de policía económica importante. Los servicios de educación y asistencia social quedaron atribuidos al Estado. Sin duda, ello constituía una actividad de mucha menor intensidad y amplitud que la actual, pero constituye no obstante una cierta actividad administrativa de incidencia en las relaciones sociales y económicas, más allá del dogma de la abstención. Véase DELVOLLÉ, Pierre; *Droit public de l'économie*, op. cit., 1998, p. 23 y ss. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián; *Derecho administrativo económico*, op. cit., 1988, p. 225 y ss, 438 y ss. MUÑOZ MACHADO, Santiago; *Servicio público y mercado*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1998, p. 45 y ss.

<sup>791</sup> Piénsese por ejemplo en el artículo 128.1 de la Constitución española, que establece la subordinación de toda la riqueza del país al interés general; en el artículo 129.2 del mismo texto, que obliga a establecer los medios que

progresivamente a medida que se adopta una interpretación más fuerte del significado de los derechos económicos, estableciéndose la irreductibilidad de un contenido individual que, aunque sea mínimo, impide una total transformación del sistema: los instrumentos de intervención económica pasan, así, a ser instrumentos de acompañamiento del mercado, que permiten al Estado corregir sus deficiencias y fallos –limitar, por tanto, su libre funcionamiento-, pero no una absoluta modificación de los presupuestos del orden económico<sup>792</sup>.

Aun así, los instrumentos que se ponen a disposición del Estado en las constituciones permiten una amplia incidencia del poder público en la configuración de las relaciones económicas. Su regulación muestra, en todos los sistemas, la atribución al poder público de la posibilidad o incluso la obligación de actuar directamente en el mercado, ya sea como productor de bienes y servicios, ya sea asumiendo bajo su propia titularidad ciertas actividades económicas consideradas esenciales, que pueden quedar reservadas en exclusiva al sector público o bien prestarse en concurrencia con los particulares.

Ello implica una cierta confianza en el Estado –en sus distintos niveles territoriales- como sujeto capaz y adecuado para la realización de ciertas actividades económicas. El poder público, que había ido asumiendo históricamente la titularidad y gestión de diversas actividades económicas –piénsese en los servicios de ferrocarril, eléctricos o de comunicaciones-, ve así reconocida su capacidad de actuar en el ámbito del mercado, no circunscribiéndose sus actividades a las funciones regalianas, sino expandiéndose a otros ámbitos: la incorporación, como ha señalado la doctrina, de la ideología del servicio público a las constituciones<sup>793</sup>, implica, además de la obligación de realización de ciertos elementos materiales, la previsión de posibilidades formales de satisfacción de estas obligaciones.

La atribución al poder público de este papel descansa, no obstante, sobre una determinada concepción de su forma de actuar y sobre la consideración de ciertas actividades económicas como esenciales para la satisfacción de las necesidades de los individuos. Si es cierto que no toda la intervención pública en la economía responde a las prescripciones del Estado social – en muchos casos tiene, simplemente, un motivo económico-, esta intervención constituye un

---

faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción; o en el artículo 42 de la Constitución italiana, que establece que “la propiedad será pública o privada”.

<sup>792</sup> Véase, en este sentido, el análisis de KERNINON, Jean; *Les cadres juridiques de l'économie mixte*, L.G.D.J., Paris, 1994 (2ª ed.), p. 81 y ss, quien apunta a una evolución desde el cuestionamiento del mercado por el sector público a la adopción de un papel funcional al mismo.

<sup>793</sup> En este sentido, MUÑOZ MACHADO, Santiago; *Servicio público y mercado*, Vol. I, *op. cit.*, 1998, p. 112 y ss, quien considera que las disposiciones constitucionales muestran la incorporación de la concepción de obligación de servicio público del Estado, pero no el establecimiento de su técnica concreta.

importante instrumento de esta forma de Estado, en la medida en que permite, en aquellos ámbitos relevantes para la procura existencial de la población, la realización de las actividades económicas pertinentes con ciertas garantías que aseguran una adecuada satisfacción. Tanto las actividades propiamente sociales –salud, educación– como las actividades de carácter comercial o industrial –provisión de agua, gas, electricidad, transporte, telecomunicaciones– se relacionan con los fines del Estado social: todas ellas afectan a bienes y servicios necesarios para el individuo, y requieren por tanto la introducción de condiciones de igualdad y universalidad en su obtención, como medidas tendentes a la realización de una mayor igualdad real.

El reconocimiento al Estado de estos instrumentos se realiza, por tanto, en base a dos elementos subyacentes que explican su construcción. Por un lado, se constata la existencia de ciertas actividades que se consideran especialmente relevantes para la procura existencial y la igualdad material de los ciudadanos, que requieren por tanto de determinadas garantías en su realización, considerándose que no pueden conseguirse con la automática actuación del mercado y la concurrencia entre particulares. Por otro lado, la previsión de la posible intervención del Estado se identifica con la aplicación de un régimen de Derecho específico, que debería permitir establecer en mayor medida las garantías que requieren estos elementos materiales del Estado social, asegurando su provisión y acceso en condiciones de igualdad, continuidad y adaptabilidad<sup>794</sup>.

A la necesidad de este régimen específico responde la atribución al Estado, en las constituciones, de la posibilidad de intervenir en la producción y gestión de aquellas actividades que sean consideradas esenciales. La actuación pública, regida habitualmente por las reglas del Derecho administrativo, supone –o suponía en un principio– sustraer al Derecho privado la producción y provisión de determinados bienes, pudiendo el Estado controlar y fijar las condiciones de prestación de la actividad conforme a sus prerrogativas de órgano público. La *publicatio* de una actividad implicaba, en este marco, la aplicación de unas

---

<sup>794</sup> A ello responde toda la construcción del concepto de servicio público, especialmente en Francia, cuya virtualidad consiste en el aseguramiento de ciertas características de continuidad, igualdad e universalidad en la actividad prestada, como rasgos que sólo pueden ser satisfechos mediante la intervención del Estado en un régimen de Derecho público. WALINE, Marcel; *Droit administratif*, Éditions Sirey, Paris, 1963 (9ª ed.), p. 663. En la teoría de DUGUIT, como es sabido, el Estado (los gobernantes) sólo se justificaba por la necesidad de realizar ciertos servicios y actividades que, según la regla de la interdependencia social, eran imprescindibles para la realización de las necesidades humanas. Estos servicios debían ser regulados, asegurados y controlados por el Estado, puesto que sólo el poder público podía por su naturaleza garantizarlos completamente. La escuela del servicio público desarrollará posteriormente los caracteres de estos servicios, identificando en la continuidad, la igualdad y la mutabilidad sus rasgos esenciales. Véase DUGUIT, Léon; *Les transformations du Droit public*, Librairie Armand Colin, Paris, 1921, p. 41 y ss. LE MESTRE, Renan; *Droit du service public*, Gualino éditeur, Paris, 2005, p. 33.

determinadas reglas de gestión y administración –reglas de Derecho público-, pero también unas normas específicas en las relaciones con terceros: la asunción de la actividad por la Administración, ya fuera directamente o por vía indirecta –por ejemplo, a través de una concesión- suponía su realización en exclusiva, siendo lo habitual la constitución de monopolios que excluían la iniciativa privada de aquella actividad o sector.

Aunque este régimen clásico del servicio público en los estados continentales se ha ido modificado progresivamente, mostrando una cierta flexibilidad en el propio concepto de servicio público y en el régimen de Derecho aplicable –piénsese en servicios donde el Estado actúa bajo las reglas del Derecho privado y en concurrencia con particulares<sup>795</sup>, la variedad de formas de organización de estos servicios no supone una supresión total de las facultades del Estado para garantizar sus caracteres –éste sigue manteniendo, como mínimo, la titularidad y el control de la actividad, pudiendo fijar las obligaciones que debe cumplir<sup>796</sup>-, ni excluye la posibilidad de establecer una forma de gestión conforme al modelo clásico. La intervención de la Administración se ha identificado, por tanto, con una derogación al régimen de Derecho privado, que supone en todo caso la aplicación de una cierta regulación pública, y que, en una escala de diversas intensidades, puede implicar incluso la exclusión de la libre iniciativa privada y de la competencia.

## ii. Las facultades de iniciativa pública económica

El establecimiento de instrumentos administrativos de intervención pública en la economía se produce en los textos constitucionales continentales a través de diversas vías, dando lugar a instrumentos de varios tipos en función de las facultades otorgadas a la Administración. Las facultades de iniciativa pública económica se reconocen de forma expresa únicamente en la Constitución española (art. 128.2), si bien su habilitación está implícita en los otros textos constitucionales, habiéndose utilizado a menudo por el poder público en los demás estados. El contenido de esta facultad no viene definido ampliamente

---

<sup>795</sup> En el Estado español, estos servicios aparecen sobre todo por la nacionalización de empresas privadas concesionarias que actuaban en régimen de Derecho privado, asumiendo el Estado su actividad con este mismo régimen. En Francia, los servicios públicos industriales y comerciales suponen la quiebra de la identificación tradicional entre servicio público y Derecho administrativo, admitiéndose la existencia de misiones de servicio público que se realizan en condiciones similares a las de un sujeto privado (véase la Sentencia del Consejo de Estado de 22 de diciembre de 1921, *Société générale d'armement*). Ello llevó a la crisis de la noción de servicio público, no sirviendo ésta para la identificación de un tipo de actividad ni de un régimen jurídico determinado. Véase PARADA, Ramón; *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, Madrid, 2003 (14ª ed.), p. 425.

<sup>796</sup> En España, por ejemplo, el contrato de gestión de servicio público habilita al Estado a definir las obligaciones que implica el servicio, y obliga al contratista a cumplir en todo caso la prestación del servicio con las obligaciones establecidas (art. 280 de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

por las constituciones, si bien implica en todo caso la posibilidad de emprender actividades económicas por el poder público, sin indicar propiamente el régimen jurídico al que se hallan sujetas. En todo caso, estas facultades no suponen una exclusión absoluta de la iniciativa privada ni de la competencia, aplicándose las reglas del mercado a estas actividades.

El reconocimiento de la iniciativa pública en la Constitución española (art. 128.2) supone el establecimiento de una facultad general, sin mención de los supuestos en que puede ejercerse ni de las formas que debe adoptar. La referencia a la simple facultad de “iniciativa pública”, como posibilidad del Estado u otro poder público de iniciar actividades económicas, no concreta el contenido de dicha facultad, ni los términos y ámbitos materiales sobre los que puede darse, dejando al legislador y al poder público la libre elección y conformación de su ejercicio. El precepto se ha interpretado, así, como legitimación de los órganos públicos para ejercer empresarialmente actividades económicas, dejando de estar este ámbito reservado a los particulares<sup>797</sup>.

No obstante, la definición de los supuestos materiales en que puede actuar esta facultad ha planteado controversias, dada la elevada indeterminación del precepto. Por un lado, para la mayoría de autores se abandona el antiguo principio de subsidiariedad de la iniciativa pública –que puede darse ahora en cualquier supuesto-<sup>798</sup>; pero se sigue exigiendo para su ejercicio un título habilitante más estricto que la iniciativa privada, requiriendo que la actuación económica del Estado venga justificada por motivos de interés general (art. 103 Constitución española)<sup>799</sup>. Por otro lado, se ha argumentado frente a ello que la iniciativa pública debe entenderse actuable en cualquier supuesto, no teniendo las empresas públicas una mayor vinculación al interés general que las privadas, puesto que no constituyen propiamente Administraciones públicas y que la Constitución establece la subordinación de toda la riqueza –pública y privada- al interés general<sup>800</sup>. Parece claro, sin embargo, que más allá de la

<sup>797</sup> Así lo establece BASSOLS COMA, Martín; *Constitución y sistema económico*, op. cit., 1988, p. 170.

<sup>798</sup> En este sentido, DE JUAN ASENJO, Oscar; *La Constitución económica española*, op. cit., 1984, p. 94 y ss; MUÑOZ MACHADO, Santiago; *Servicio público y mercado*, Vol. I, op. cit., 1998, p. 117; BASSOLS COMA, Martín; *Constitución y sistema económico*, op. cit., 1988, p. 171; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián; *Derecho administrativo económico*, op. cit., 1988, p. 96 y ss; DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás; “Artículo 128: Riqueza, iniciativa pública y reserva al servicio público”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (ed.); *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo X, op. cit., 1996-1999, p. 56 y ss. En contra, ARIÑO ORTIZ, Gaspar; *et alter; Principios de Derecho público económico*, op. cit., 2001, p. 373.

<sup>799</sup> Véase la doctrina citada en la nota anterior. Se argumenta, en este sentido, que la iniciativa pública constituye una actuación administrativa sujeta al principio de legalidad, y que no representa un derecho fundamental que sea libremente ejercitable.

<sup>800</sup> En concreto, véase ROJO, Ángel; “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española”, op. cit., 1982, p. 320 y ss, quien considera que la subordinación de toda la riqueza,

vinculación negativa que tienen los particulares y los poderes públicos a la Constitución, y por tanto al respeto del interés general en la utilización de la riqueza, el Estado tiene una más intensa vinculación positiva a dicho interés, que actúa especialmente en el caso de intervenciones administrativas. Así lo ha considerado la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia, que se ha decantado por exigir un motivo de interés general como fundamento de la iniciativa económica pública<sup>801</sup>, si bien la amplitud de esta referencia ha acabado por convertirlo finalmente en un título habilitante dotado de una gran amplitud –siendo incluso la mera obtención de recursos una actividad reconducible a esta noción–.

Las facultades que comprende este instrumento, en tanto que posibilidad de los órganos públicos de iniciar la realización de actividades económicas, resulta claramente de su enunciado, en lo que supone una habilitación general de la actividad pública, que no requerirá a partir de este momento de títulos habilitantes específicos más allá de su vinculación al interés general. El Estado podrá, en virtud de este precepto, emprender las actividades económicas que considere convenientes, y realizar todas las actuaciones necesarias para su establecimiento, tanto en lo que concierne a la creación de empresas u organismos públicos como en la realización de sus actos concretos, necesarios para el mantenimiento de la actividad. Sin embargo, ello no aclara expresamente el régimen aplicable a la actividad constituida, ni si ésta debe quedar sujeta a las reglas de la libre empresa y la libre competencia: el artículo 128.2 de la Constitución española deja a la libre elección del poder público la decisión sobre el modo de gestión de la actividad económica emprendida, que podrá atribuirse directamente a un órgano público –dirección general, establecimiento público–, quedando sujeta a un régimen de Derecho público en cuanto a la contratación, régimen de personal y responsabilidad<sup>802</sup>; o bien podrá conferirse a un sujeto privado –concesionario, sociedad de economía mixta–, quedando entonces subordinada a un régimen jurídico privado, regido por las normas del Derecho civil y mercantil en los aspectos mencionados<sup>803</sup>.

---

pública y privada, al interés general supone que ni la iniciativa pública ni la iniciativa privada pueden ir en su contra, situándose en una posición de paridad..

<sup>801</sup> Véase por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989, donde se declara nula la creación de una empresa por no acreditarse su justificación en base al interés público.

<sup>802</sup> Se aplicarán a estos órganos los aspectos generales del régimen de las Administraciones Públicas, regulados en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

<sup>803</sup> Su actuación se regula, en este caso, por la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), que admite como modalidades de la gestión indirecta de servicios la concesión, la gestión interesada, el concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las

Tampoco la Constitución española establece una opción cerrada en relación con la sujeción de la iniciativa pública a las reglas del mercado. Se ha considerado, por algunos sectores, que el reconocimiento de la iniciativa pública en paridad con la iniciativa privada, abandonando el principio de subsidiariedad, implica un cambio en su estatuto jurídico, en tanto que, siendo igualmente legítima, debería sujetarse a las mismas normas que la actividad privada<sup>804</sup>, pero ello no deriva necesariamente de la Constitución: el artículo 38 de la Constitución hace referencia a la libertad de empresa en el marco de una “economía de mercado”, pero justamente este sistema se menciona en referencia a la actividad económica privada, sin que se desprenda de ello la sujeción también de la actividad pública, y sin precisar cuáles son las reglas que pretendidamente la gobiernan<sup>805</sup>. Precisamente la presencia de un interés general, que justifica y motiva la iniciativa pública, y las especialidades que fundamentan la actuación del Estado –que no se mueve por el ánimo de lucro–, podrían justificar el razonamiento contrario: en tanto que revestidos de una especial relevancia, la presencia de intereses públicos justifica la aplicación de reglas distintas en cuanto a la competencia, que no necesariamente deben situar la actividad pública en igualdad con respecto a las actividades privadas<sup>806</sup>.

Así se ha entendido de hecho tradicionalmente en todos los estados europeos, anteriormente a la aplicación de las reglas de la concurrencia derivadas del Derecho comunitario. En los demás estados continentales, la falta de regulación constitucional de esta facultad muestra asimismo la amplitud de su consideración, hallándose aceptadas la creación de empresas y el ejercicio de actividades económicas por el poder público, no requiriendo de una habilitación constitucional sino ejerciéndose libremente. La existencia, en todos los

---

del servicio público, y la sociedad de economía mixta, en la que la Administración participa en concurrencia con personas naturales o jurídicas (art. 277).

<sup>804</sup> En este sentido, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián; *Derecho administrativo económico*, op. cit., 1988, p. 97. Según el autor, aunque en la práctica siguen existiendo prerrogativas especiales de los órganos públicos en la esfera económica, la interpretación conjunta del artículo 38 y el artículo 128.2 de la Constitución española lleva a considerar estos privilegios como inconstitucionales, siendo las reglas de la economía de mercado también aplicables a la actividad pública. FONT GALÁN, Juan Ignacio; *Constitución económica y Derecho de la competencia*, op. cit., 1987, p. 160.

<sup>805</sup> Como ya señaló GARCÍA-PELAYO, la economía de mercado admite distintos regímenes, con distintos grados de presencia pública. Véase GARCÍA-PELAYO, Manuel; “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, op. cit., 1979, p. 41.

<sup>806</sup> Así lo ha defendido ALBERTÍ ROVIRA, Enoch; “La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 71, 2004, p. 136 y ss, quien considera que la igualdad entre la iniciativa pública y la iniciativa privada deriva de los Tratados de la Unión Europea, y no de la propia Constitución. En un sentido similar, DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás; “Artículo 128: Riqueza, iniciativa pública y reserva al servicio público”, op. cit., 1996-1999, p. 58 y ss, quien apunta que la distinta motivación de la actuación pública, no movida por el lucro, no puede llevar a la aplicación de las mismas exigencias que a un empresario privado.

estados continentales, de un importante sector público en la economía, que asume actividades de producción de bienes o prestación de servicios, corrobora la idea de una facultad de iniciativa pública no formalizada, pero ampliamente utilizada por los poderes públicos, que emprenden a través de la creación de empresas o de la participación en su capital el ejercicio de actividades económicas en aras a la satisfacción de los intereses generales<sup>807</sup>.

La creación de empresas públicas en estos estados ha adquirido diversas formas y modos de gestión, pero ha supuesto en todo caso la aplicación de criterios distintos en cuanto a su operatividad en el mercado, por estar conectadas con mayor o menor intensidad al poder estatal. Se ha aceptado así la existencia de empresas públicas permanentemente deficitarias, cuyas pérdidas se asumen a través de los presupuestos del Estado<sup>808</sup>, y se ha admitido durante largo tiempo la financiación de estas empresas a través del poder público, en una práctica de competencia desleal respecto a los particulares, considerada no obstante necesaria para la realización de ciertas actividades<sup>809</sup>. Incluso se ha permitido, en muchos casos, la gestión de la actividad en monopolio por un ente vinculado al poder público, cuando lo exigen las condiciones del servicio o la naturaleza de la actividad. La iniciativa pública en la economía ha quedado, por tanto, durante largo tiempo al margen de la aplicación de las reglas del mercado –aplicadas únicamente a particulares–, en base a la especial relevancia de los intereses perseguidos, que confiere al legislador u órgano público la decisión acerca del estatuto de cada actividad.

El procedimiento para el ejercicio de dicha facultad no aparece regulado expresamente en ningún caso, otorgando las constituciones amplia libertad al poder público. La reducida afectación que produce esta facultad en los derechos de los particulares, estableciendo sólo la capacidad de iniciativa económica del poder público, sin impedir las actividades privadas, implica una amplia libertad del Estado en su activación, pudiendo éste proceder a la creación

---

<sup>807</sup> En Francia, la actividad económica pública se ejerce a través de diversos órganos, desde entidades sin personalidad jurídica propia (*régies*) a establecimientos públicos, o a sociedades de Derecho comercial como las sociedades de economía mixta o las sociedades de capital público. La aplicación de un régimen de Derecho público o privado no depende de la Constitución, sino de la decisión del legislador, según el tipo de personalidad jurídica atribuida y el tipo de órgano constituido. Véase WALINE, Jean; *Droit administratif, op. cit.*, 2010 (23ª ed.), p. 198 y ss. GAUDEMET, Yves; *Droit administratif, op. cit.*, 2005 (18ª ed.), p. 320 y ss.

<sup>808</sup> En este sentido, ROJO, Ángel; “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española”, *op. cit.*, 1982, p. 323, quien señala la extensión del fenómeno de la empresa pública no productiva y no rentable, como algo que no podía ser eliminado a corto plazo sin elevadísimos costes que el Estado no podría soportar.

<sup>809</sup> Así se sigue afirmando por ejemplo en Francia, donde el Consejo de Estado ha establecido recientemente que las personas públicas están encargadas de la realización de misiones de servicio público que se les atribuyen, y que gozan a estos efectos de prerrogativas de poder público, quedando su actividad fuera de tales misiones sujeta al respeto de la libertad de comercio e industria y al Derecho de la competencia (Sentencia de 31 de mayo de 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*).

de empresas públicas o a la participación en el capital de otras ya existentes por múltiples vías, sin requerir especiales condiciones de procedimiento. La iniciación de actividades económicas por los órganos públicos se produce, así, por distintos métodos y formas en los sistemas continentales, según la regulación legislativa de tales supuestos y el sector económico del que se trate<sup>810</sup>.

Estas facultades suponen, pues, una habilitación al poder público para su utilización en el caso en que los considere necesario –teniendo el Estado una amplia libertad para valorar dicha necesidad-. El texto del artículo 128.2 de la Constitución española, que simplemente “reconoce” este tipo de iniciativa económica, supone la configuración de este instrumento como facultativo, admitiéndose la iniciación de actividades en el mercado por el poder público, pero sin exigir este tipo de actuación en ningún supuesto específico. Es cierto que, si ello se pone en relación con los preceptos que regulan los elementos materiales del Estado social, este instrumento puede aparecer como obligatorio, pero aunque el Estado esté obligado a poner en marcha los medios que tenga para su cumplimiento, el principio de intercambiabilidad de las técnicas administrativas supone que tales elementos pueden ser realizados de múltiples modos, pudiendo escoger el mecanismo que se considere más adecuado<sup>811</sup>. La iniciativa pública puede constituir, por tanto, uno de los mecanismos utilizados para la realización de los elementos del Estado social, dejándose su elección a la decisión del poder público, siendo posible para éste determinar el régimen jurídico de las empresas creadas y su relación con los principios del mercado.

### **iii. Las facultades de reserva de actividades económicas al sector público**

Junto a los instrumentos de iniciativa pública en la economía, que no implican la sustracción de todo un sector de actividad a las reglas del libre mercado, las constituciones continentales contemplan otros mecanismos de intervención en el sistema económico, que permiten, en ciertas circunstancias, ubicar algunos sectores de actividad en un régimen

---

<sup>810</sup> No existe en estos estados una regulación unitaria de la empresa pública. En Francia, el proyecto de ley sobre el estatuto de las empresas públicas de 1948 nunca fue aprobado, regulándose su régimen jurídico por una normativa dispersa, que admite su forma tanto como personificaciones públicas como como sociedades mercantiles. En España, a pesar de algunos intentos de tipificación de las formas organizativas del sector público, como la Ley de 26 de diciembre de 1958, de entidades estatales autónomas, o la Ley 11/1979, de 4 de enero, General Presupuestaria, no existe una regulación unitaria del régimen jurídico de estas empresas, admitiéndose diversas formas y procedimientos de creación. El estatuto de la empresa pública, cuya elaboración se propuso a partir de la Ley 22/1972, de 10 de mayo, tampoco fue aprobado.

<sup>811</sup> Sobre el principio de intercambiabilidad de las técnicas administrativas, PARADA, Ramón; *Derecho Administrativo I, op. cit.*, 2003, p. 367, quien expone que la Administración puede realizar sus fines públicos a través de diversas formas de intervención, ya sea creando servicios públicos, asumiendo la iniciativa de ciertas actividades, o otorgando subvenciones para la orientación de la actividad privada.

distinto al de la libertad económica y la libre competencia, excluyendo por completo la iniciativa privada. A diferencia de los países nórdicos, donde estos instrumentos han tenido un escaso reconocimiento e utilización –actuando sólo a través de desincentivos a la actividad privada-, en los estados continentales gran parte de la actividad reguladora y limitadora del mercado se ha realizado por esta vía, atribuyendo al poder público la gestión en exclusiva de determinadas actividades, consideradas, por su relevancia, merecedoras de especiales garantías.

El reconocimiento de dichas facultades se produce en distintas formas en las constituciones continentales. En Francia, ello se ha articulado a través de la figura de la nacionalización, que halla su base en el párrafo 9 del Preámbulo de 1946, según el cual “todo bien o empresa cuya explotación tenga los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho debe devenir propiedad de la colectividad”; y en el artículo 17 de la Declaración de 1789, del que se deduce una posibilidad general de nacionalización por razones de interés o utilidad pública<sup>812</sup>. En Italia, este instrumento se formula como la posibilidad de transmisión al Estado, a entes públicos o a comunidades de trabajadores o de usuarios, de determinadas empresas o categorías de empresas que exploten servicios públicos esenciales, fuentes de energía o situaciones de monopolio y tengan carácter de interés general predominante (art. 43 Constitución italiana). En Alemania, se establece también la posibilidad de que la tierra, los recursos naturales y los medios de producción sean transferidos, con un propósito de socialización, a la propiedad pública o a otra forma de economía colectiva (art. 15 Constitución alemana). Y en España, esta posibilidad aparece a través de la figura de la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, que puede ser originaria o afectar a sectores en que ya había actuado la iniciativa privada (art. 128.2 Constitución española).

El contenido de estos instrumentos se halla definido en cierta medida en las constituciones, que mencionan los supuestos materiales en que pueden aplicarse, si bien hacen referencia a conceptos indeterminados cuya concreción se atribuye al legislador y es objeto de un reducido control judicial. La Constitución francesa, por ejemplo, obliga a la nacionalización de aquellos bienes y empresas cuya explotación adquiere los caracteres de un “servicio público nacional” o de un “monopolio de hecho” (párrafo 9 Preámbulo de 1946), pero admite también la transferencia de empresas al sector público, previa indemnización, en

---

<sup>812</sup> El Consejo Constitucional francés rechazó que las nacionalizaciones pudieran darse únicamente en los casos previstos en el párrafo 9 del Preámbulo de 1946, considerando que pueden ser acordadas por el legislador sobre la base del artículo 17 de la Declaración de 1789, en virtud de una apreciación del interés público que la fundamente, pero siempre previendo la indemnización justa y previa que corresponde. Véase la Decisión nº 81-132 DC de 16 de enero de 1982, *Loi de nationalisation*.

los supuestos en que exista una “necesidad pública” que pueda justificarlo (art. 17 Declaración de 1789). El Consejo Constitucional ha evaluado las diversas nacionalizaciones realizadas, pero ha eludido interpretar los conceptos jurídicos utilizados: el concepto de “servicio público nacional” no ha sido objeto de una definición general, y la noción de “monopolio de hecho” ha sido establecida de forma tan estricta que difícilmente se produce, exigiendo finalmente para la nacionalización únicamente la existencia de una “utilidad pública”, cuya apreciación por el legislador sólo se cuestiona si aparecen errores de carácter manifiesto<sup>813</sup>.

La valoración de los supuestos materiales en que cabe activar la nacionalización se deja por tanto en gran medida a la libre apreciación del órgano parlamentario, que podrá utilizar este instrumento en relación con las más variadas empresas e incluso con todo un sector de actividad, siempre que aprecie en ello una utilidad pública. La jurisprudencia constitucional deduce de la Declaración de 1789 la exigencia de un cierto equilibrio entre la propiedad pública y la propiedad privada de los medios de producción –queda excluida una completa socialización de la economía-, pero no contiene indicaciones en cuanto a las dosis en que debe darse cada una, quedando la libertad del legislador a este respecto incuestionada. Únicamente en los casos del control de privatizaciones ha exigido el Consejo una cierta presencia pública en base a la Constitución: en aquellos servicios que el texto fundamental atribuye expresamente al poder público –los servicios públicos constitucionales-, ha establecido como imperativo un mínimo de organización y prestación pública, sin concretar no obstante su nivel o forma<sup>814</sup>.

En el sistema alemán, la interpretación de los bienes que pueden ser objeto de socialización se ha realizado por la doctrina, considerando que el concepto de “medios de producción” incluye las formas de explotación en cuanto a los medios, y no sólo los medios

---

<sup>813</sup> Véase la Decisión del Consejo Constitucional nº 81-132 DC de 16 de enero de 1982, *Loi de nationalisation*, en la que el Consejo considera que “la apreciación realizada por el legislador sobre la necesidad de las nacionalizaciones decididas por la ley sometida al examen del Consejo Constitucional no puede, en la ausencia de error manifiesto, ser recusada por éste, por cuanto no está establecido que las transferencias de bienes y de empresas operadas restrinjan el campo de la propiedad privada y de la libertad de emprender hasta el punto de desconocer las disposiciones de la Declaración de 1789” (considerando nº20). KERNINON, Jean; *Les cadres juridiques de l'économie mixte*, op. cit., 1994 (2ª ed.), p. 25 y ss.

<sup>814</sup> Véase la Decisión del Consejo Constitucional nº 86-207 DC de 25 y 25 de junio de 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social* (considerando nº 53). Ello ha dado lugar en Francia al concepto de servicio público constitucional, que comprende aquellos servicios cuya necesidad deriva de principios o reglas de valor constitucional. Su identificación ha generado problemas, pero se ha entendido que comprende en todo caso los servicios vinculados a la soberanía del Estado, y otros que el Preámbulo de 1946 atribuye al poder público, como la educación, la sanidad, y la asistencia social. No obstante, nada impide en estos casos la gestión privada del servicio, ni se precisa cuál es el mínimo de prestación pública que queda obligada.

auxiliares de producción<sup>815</sup>. Son susceptibles de socialización, así, todas las industrias marcadas por la nota de “elaboración”, incluyendo las formas industriales de producción de materias primas, pero quedando excluido en cambio el sector de servicios, que no realiza una elaboración de materias. El Tribunal Constitucional Federal no ha entrado a valorar este precepto dada su escasa utilización en la práctica, si bien la indeterminación de los conceptos utilizados –tierra, recursos naturales, medios de producción– permite intuir en un principio el margen de apreciación del legislador si quisiera utilizar este instrumento.

En Italia, la Constitución hace referencia, como objeto de estos instrumentos, a empresas o categorías de empresas que exploten servicios públicos esenciales, fuentes de energía, o situaciones de monopolio, y que tengan carácter de interés general predominante (art. 43). La valoración de estos supuestos se ha atribuido, no obstante, generosamente al legislador, distinguiendo la Corte Constitucional entre el juicio político que corresponde al Parlamento y el control que ejerce ella misma: ésta debería, para negar la correspondencia de la ley con la utilidad general, demostrar que el Parlamento no ha valorado correctamente los fines y medios en presencia, o que tal valoración ha sido realizada por medios ilógicos, arbitrarios o contradictorios<sup>816</sup>.

También en España la consideración de los supuestos materiales en los que cabe la reserva al sector público ha sido objeto de una interpretación amplia, que deja al legislador posibilidades extensas de intervención en base a su comprensión de lo que sean los “recursos y servicios esenciales” (art. 128.2 Constitución española). El precepto no ha sido objeto de tratamiento por el Tribunal Constitucional, sino que su interpretación se ha ido conformando por la doctrina, a partir de cierta jurisprudencia que utiliza conceptos similares. La noción de “servicios esenciales” (art. 128.2 Constitución española) no puede equipararse plenamente a la utilizada en otros ámbitos, pero se aproxima a la de “servicios esenciales de la comunidad” relativa al derecho a la huelga (art. 28.2 Constitución española), que ha sido interpretada como “aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida en una comunidad”<sup>817</sup>. La noción de servicio esencial del artículo 128.2 de la Constitución española constituye no obstante un concepto autónomo, que va más

---

<sup>815</sup> Así lo indica STOBER, Rolf; *Derecho Administrativo Económico*, op. cit., 1992, p. 159-160.

<sup>816</sup> En este sentido, la Sentencia de la Corte Constitucional italiana nº 14, de 7 de marzo de 1964, sobre la nacionalización de compañías eléctricas y la creación del ente público ENEL.

<sup>817</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional español 26/1981, donde se concreta no obstante que el servicio no es esencial en función de la naturaleza de la actividad desplegada, sino en función de su resultado, con el que deben satisfacerse bienes e intereses esenciales, entre los que se hallan los derechos fundamentales y libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos (FJ 10).

allá de los servicios esenciales en caso de huelga: éstos incluyen las prestaciones vitales o necesarias para la vida de una persona, y se extienden además, según la doctrina, a todas las prestaciones necesarias o indispensables para la vida en una comunidad, en atención al buen funcionamiento de una sociedad determinada<sup>818</sup>.

Es cierto que este concepto amplio de “servicios esenciales” ha generado, en la doctrina española, posiciones diversas acerca de su relación con la propia noción de servicio público elaborada por el Derecho administrativo. Se ha planteado, en concreto, si toda declaración de servicio público queda incluida en el artículo 128.2 –y por tanto sujeta a sus reglas de procedimiento y a sus implicaciones en cuanto a la titularidad y la gestión-, o bien si existen otras posibilidades de reserva de actividades al sector público, pudiendo darse la declaración de publicación por otras vías. Ello se une, al mismo tiempo, a las dificultades de determinación de las implicaciones jurídicas de esta reserva y a las variaciones que sufre el concepto de servicio público: para ciertos autores, los servicios públicos son aquéllos que se prestan en titularidad exclusiva de la Administración, excluyendo a la iniciativa privada, incluyéndose siempre en la reserva del artículo 128.2, entendiéndose que ésta admite sólo la gestión directa de la actividad<sup>819</sup>; para otros autores, la reserva del artículo 128.2 debe entenderse como gestión necesariamente en exclusiva y directa de la Administración, pero ello obliga a considerar que no todos los servicios públicos se incluyen en ella, puesto que existen en la práctica servicios gestionados indirectamente por particulares y en régimen de concurrencia<sup>820</sup>; todavía para otros, la reserva del artículo 128.2 no implica necesariamente la gestión directa y exclusiva de la Administración, lo que permitiría incluir en ella a todos los servicios públicos, que podrían adquirir regímenes distintos de funcionamiento<sup>821</sup>.

---

<sup>818</sup> Véase DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás; “Artículo 128: Riqueza, iniciativa pública y reserva al servicio público”, *op. cit.*, 1996-1999, p. 71. El servicio de televisión, por ejemplo, ha sido calificado como servicio público por Ley 3/1980, de 10 de enero, pero no constituye un elemento esencial para la subsistencia de una persona.

<sup>819</sup> En este sentido, VILLAR PALASÍ, José Luis; “La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 3, 1950, p. 71 y ss, quien considera que el servicio público implica siempre la titularidad en exclusiva de la Administración, y la exclusión por tanto de la iniciativa privada.

<sup>820</sup> En este sentido, GARRIDO FALLA, Fernando; “El modelo económico de la Constitución española y la revisión del concepto de servicio público”, en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 29, 1981, p. 225 y ss, quien considera que la reserva del artículo 128.2 de la Constitución es aplicable sólo a servicios esenciales, mientras que los demás no quedan sujetos a sus condiciones, admitiendo la concurrencia entre el sector público y el privado.

<sup>821</sup> Así lo considera por ejemplo DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás; “Artículo 128: Riqueza, iniciativa pública y reserva al servicio público”, *op. cit.*, 1996-1999, p. 68.

El supuesto material definido por los “servicios esenciales” se entiende, de todas formas, en sentido amplio, pudiendo incluir los servicios públicos y yendo más allá de ellos, extendiéndose a aquéllos otros que, no habiendo sido objeto de publicación, se consideren esenciales para la comunidad. La determinación de esta esencialidad, que no puede darse *a priori*, depende de la valoración de las distintas actividades por el poder público: según el precepto constitucional, esta consideración de esencialidad estará especialmente justificada en el caso de la existencia de un monopolio, pero no requiere necesariamente la presencia del mismo, dejando abierta la puerta a otras declaraciones de reserva<sup>822</sup>. Lo mismo ocurre en relación a los “recursos esenciales”, cuyo concepto no viene definido por la Constitución ni puede deducirse de otros preceptos del texto fundamental: su valoración como esenciales dependerá de la libre apreciación del legislador, que deberá justificar su declaración de reserva pero gozará en este ámbito de una notable libertad.

Las facultades que implican estos instrumentos se desprenden asimismo de los preceptos constitucionales, dotando al poder público de la posibilidad de determinar el régimen de la actividad asumida, así como de establecer la exclusión de las actividades privadas y de la competencia en el ámbito afectado. La regulación constitucional de las nacionalizaciones en Francia muestra una facultad claramente definida, que consiste en que ciertos bienes y empresas devengan “propiedad de la colectividad” (párrafo 9 Preámbulo de 1946), o en la privación de la propiedad privada, exigida por la necesidad pública (art. 17 Declaración de 1789). La nacionalización supone, según el Consejo Constitucional, una operación que implica la transferencia de la propiedad de una empresa como resultado de una decisión del poder público, que los propietarios están obligados a cumplir<sup>823</sup>. Ello puede producirse en varias modalidades, estableciéndose un organismo nuevo al que se aporten los elementos de la empresa afectada, o bien manteniendo la empresa la forma que tenía y transfiriéndose al Estado sus acciones en su mayoría o en su totalidad<sup>824</sup>, dependiendo su régimen de actuación de la atribución de personalidad pública o privada a dicho órgano. También la exclusión de la iniciativa privada depende de la decisión del poder público: la nacionalización puede referirse a todo un sector de actividad, quedando todo el sector sujeto a la titularidad pública y por tanto a la iniciativa económica del Estado, pero se han dado también otras formas de

---

<sup>822</sup> El monopolio constituye un supuesto cualificado de los supuestos materiales definidos, pero no se identifica propiamente con el concepto de servicios esenciales, pudiendo existir éstos fuera de aquéllos gestionados en régimen de exclusividad. BASSOLS COMA, Martín; *Constitución y sistema económico, op. cit.*, 1988 (2ª ed.), p. 190 y ss.

<sup>823</sup> En este sentido, la Decisión del Consejo Constitucional 84-167 DC de 19 de enero de 1984.

<sup>824</sup> DELVOLVÉ, Pierre; *Droit public de l'économie, op. cit.*, 1998, p. 656.

nacionalizaciones, transfiriéndose sólo la propiedad de empresas concretas, y permitiendo por tanto el ejercicio de la libertad económica en el mismo sector.

Los instrumentos similares que se reconocen en otros estados responden a esta misma lógica. En Italia, la facultad de transferencia de determinadas empresas o categorías de empresas se produce en relación con el Estado u otros entes públicos, pero también con respecto a comunidades de trabajadores o de usuarios (art. 43), lo que no necesariamente supone la ubicación de la empresa bajo titularidad pública –siendo ésta sólo una de las opciones previstas-. En el caso en que así sea, tampoco la Constitución determina el régimen jurídico aplicable, ni su relación con la totalidad de las reglas del mercado. La existencia de una posibilidad de reserva a título originario podría indicar que, en el caso de la transferencia de empresas, la facultad no entrañara la exclusión de la iniciativa privada en el mismo ámbito, pero la referencia a la transferencia de “categorías de empresas” supone reconocer la posibilidad de transferir a la propiedad pública todo un sector económico, excluyendo de él a la iniciativa privada<sup>825</sup>. Las reglas de la competencia no resultan tampoco expresamente aplicadas ni excluidas: su aplicación resultará evidentemente excluida cuando el objeto de la transferencia sean “situaciones de monopolio”, pero en el resto de supuestos la aplicación de estas reglas dependerá de la configuración y elección de formas por el poder público, de acuerdo con lo que considere necesario.

En el Estado español, la facultad de reserva al sector público sobre bienes o servicios esenciales consiste, según ha considerado la doctrina, en una limitación del ejercicio del derecho a la libre empresa, que no se proyecta sobre la titularidad del mismo<sup>826</sup>. La reserva implica la pérdida de legitimidad para ejercer la libertad de empresa en un determinado sector o campo de la actividad económica, pudiendo tener efectos diversos para las empresas existentes –indemnización, conversión en empresa concesionaria, intervención de la empresa, imposición de una gestión específica, expropiación, entre otras-, pero tiene en todo caso una finalidad teleológica determinada: se trata de una facultad que busca sustraer cierto sector de la esfera de iniciativa privada, excluyendo en este ámbito la actividad económica de los particulares, y atribuyendo en exclusiva al sector público el ejercicio de estas actividades, con la correspondiente inaplicación de las reglas de la libre competencia.

---

<sup>825</sup> Así lo indica GIANNINI, Massimo Severo; *Diritto pubblico dell'economia, op. cit.*, 1989, p. 130 y ss, quien distingue entre colectivización total y parcial, si bien en este último caso no se produce en realidad colectivización.

<sup>826</sup> Así lo establece BASSOLS COMA, Martín; *Constitución y sistema económico, op. cit.*, 1988 (2ª ed.), p. 176 y ss, quien considera que la finalidad de la reserva no es tanto legitimar la iniciativa pública sino sustraer cierto sector de la esfera de iniciativa privada por razones de interés público.

Dicha exclusión no tiene, no obstante, un carácter absoluto, puesto que, a pesar de quedar reservadas al poder público, se admiten dentro de la titularidad estatal diversos regímenes jurídicos y distintas relaciones con las reglas de mercado, que podrán determinarse por el poder público según lo que se considere necesario. Es cierto que algunos autores han considerado la institución de la reserva como exigencia de una gestión directa de los servicios y recursos esenciales, estimando que otros tipos de reserva, que permitan la gestión indirecta por privados, deben situarse fuera del artículo 128.2 de la Constitución<sup>827</sup>. Pero esta interpretación supone, como han señalado otros sectores, forzar excesivamente el texto constitucional, que no incluye referencia alguna al tipo de gestión admitida, ni aporta razones concluyentes a favor de dicha comprensión<sup>828</sup>. La reserva del artículo 128.2 debe entenderse, por tanto, como limitación de la iniciativa privada en un determinado ámbito, sin excluir la realización de actividades privadas que asuman por concesión del poder público el servicio en cuestión: el precepto admite una limitación absoluta de la iniciativa privada, pero puede dar lugar asimismo a una reserva que pudiera darse en diversas intensidades según la actividad, excluyendo en unos casos por completo la iniciativa privada y la competencia, pero admitiendo en otros un mayor nivel de iniciativa privada, sujeta a la reglamentación y control del poder público.

Los instrumentos de reserva de actividades al sector público suponen, por tanto, una habilitación a la limitación de los derechos económicos, que queda expresamente establecida en las constituciones y no se sujeta por tanto a las garantías normativas que protegen estos derechos frente al legislador –respeto al contenido esencial, proporcionalidad-. Las disposiciones constitucionales suponen la aceptación de la limitación de estos derechos por el poder público en determinadas circunstancias –definidas por la presencia de ciertos bienes o servicios caracterizados por una nota de especial relevancia-, y la posibilidad de excluir su ejercicio en estos ámbitos, definiendo el poder público el grado de sujeción al mercado de la actividad. El procedimiento establecido en estos instrumentos tiene, por ello, también un mayor carácter garantista: en la medida en que supone la afectación a derechos fundamentales

---

<sup>827</sup> En este sentido, GARRIDO FALLA, Francisco; *Tratado de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1992 (10ª ed.), p. 341 y ss. Ello implicaría admitir que pueden darse declaraciones de servicio público y reservas al sector público fuera de los requisitos y procedimientos del artículo 128.2, aceptando la gestión indirecta para los servicios y recursos no esenciales.

<sup>828</sup> Así lo señala DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás; “Artículo 128: Riqueza, iniciativa pública y reserva al servicio público”, *op. cit.*, 1996-1999, p. 67 y ss, quien señala que sería absurdo que el constituyente hubiera tomado la precaución de establecer el tipo de gestión requerida, protegiendo las actividades esenciales, pero hubiera dejado la institución de la reserva como mera posibilidad del poder público.

se exige, para su aplicación, la intervención del legislador, así como, en el caso de sustracción de empresas privadas ya existentes, una indemnización a su titular.

En Francia, a pesar de que el Preámbulo de 1946 (párrafo 9) no contiene exigencias específicas de procedimiento, el Consejo Constitucional ha hecho derivar estas condiciones del derecho a la propiedad, requiriendo la constatación de una necesidad pública por ley y la atribución al particular de una indemnización justa y previa (art. 17 Declaración de 1789). El artículo 34 de la Constitución sitúa, asimismo, el establecimiento de las reglas sobre las nacionalizaciones y las privatizaciones en el ámbito de competencia del legislador, lo que no implica no obstante que toda la operación deba ser directa y completamente realizada por el mismo, pudiendo renviar a normas reglamentarias para su aplicación<sup>829</sup>. La exigencia de indemnización y los criterios para su cálculo han supuesto una importante garantía para los particulares: en contraste con la flexibilidad del Consejo sobre la interpretación de los supuestos materiales de la nacionalización –que ha permitido su uso extensivo–, la jurisprudencia ha sido estricta en la valoración de las indemnizaciones, estableciendo que éstas deben satisfacer el valor del daño sufrido, evaluado en el momento de la transferencia de propiedad, y fijando los criterios de cálculo que conducen a una compensación justa<sup>830</sup>.

También en Italia la transferencia de empresas se sujeta a reserva de ley y a indemnización al Estado, así como a las reglas que rigen la expropiación (art. 43 Constitución italiana). La referencia a la expropiación ha dado lugar a múltiples interpretaciones, dilucidando si se trata de una verdadera expropiación o de un uso del término en sentido impropio, pero en todo caso ello revela la concepción de la transferencia de empresas como privación de la propiedad privada, lo que supone la aplicación de las máximas garantías en tanto afecta directamente a un derecho individual económico<sup>831</sup>.

En la Constitución española, el artículo 128.2 sujeta a la ley el establecimiento de reservas de recursos o servicios esenciales al sector público, lo que se ha interpretado por el Tribunal

---

<sup>829</sup> Decisión del Consejo Constitucional nº 81-132 DC de 16 de enero de 1982, *Loi de nationalisation*.

<sup>830</sup> El Consejo, aún reconociendo la posibilidad de nacionalización, declaró inconstitucional la Ley de 18 de diciembre de 1981, de nacionalización, por ser contraria a los criterios indemnizatorios que derivan del texto constitucional. Estableció que el cálculo no podía efectuarse en base a una media de los valores de bolsa sobre un periodo largo anterior a la nacionalización, puesto que daba lugar a distorsiones del valor real de la empresa, ni podía calcularse el valor de las acciones no cotizadas en bolsa en base a la situación contable neta y al beneficio medio de los últimos ejercicios, sin tener en cuenta las correcciones necesarias. Véase la Decisión nº 81-132 DC de 16 de enero de 1982, *Loi de nationalisation*, y la Decisión nº 82-139, de 11 de febrero de 1982. Aun así, cabe apuntar que muchas de las nacionalizaciones realizadas en la etapa de los años cuarenta no recibieron indemnización, o lo hicieron por un valor inferior al de la empresa, lo que sería actualmente cuestionable.

<sup>831</sup> En este sentido, GIANNINI, Massimo Severo; *Diritto pubblico dell'economia, op. cit.*, 1989, p. 136 y ss.

Constitucional como reserva relativa, que admite la existencia de leyes generales y leyes singulares de intervención, sin excluir el Decreto-ley, siempre que medie una situación de extraordinaria y urgente necesidad y un interés general legitimador<sup>832</sup>. Si ello ha generado intensas críticas en la doctrina, que ha apuntado a la necesidad de una reserva de ley absoluta en la medida en que se afectan derechos fundamentales<sup>833</sup>, lo cierto es que la escasa jurisprudencia existente sobre la materia ha aceptado la legislación delegada, pudiendo por tanto el Gobierno, con las debidas justificaciones, proceder a tal operación. Por otra parte, la ausencia de mención de una indemnización no supone, en todo caso, la inexistencia de tal garantía: ello responde al carácter de generalidad de la reserva contemplada en el artículo 128.2, que puede darse a título originario y no implicar por tanto afectación del derecho de propiedad, pero en la medida en que éste quede afectado la indemnización será una exigencia derivada del propio artículo 33 de la Constitución<sup>834</sup>.

La sustracción de actividades al régimen de mercado se admite, por tanto, con notable amplitud en los estados continentales. El poder público tiene, a pesar de hallarse sujeto a las garantías de indemnización y de procedimiento, la posibilidad de elegir, para un determinado sector de actividad económica, un régimen público de realización y provisión, que permita al individuo mayores garantías en cuanto a su obtención. La elección del régimen de la actividad se vincula, así, a la valoración del interés general por el poder público y a la apreciación democrática de la relevancia del bien o servicio según las necesidades de la población: es el poder público, en este esquema, quien puede determinar el ámbito y las condiciones en que opera el mercado, y no a la inversa, lo que se verá profundamente alterado por la influencia del Derecho de la Unión Europea.

---

<sup>832</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional español 111/1983, en relación con el caso RUMASA.

<sup>833</sup> Se ha argumentado en este sentido que el artículo 86 de la Constitución española impide al Decreto-ley entrar en la regulación de todos los derechos fundamentales del Capítulo II del Título I, y no únicamente a los derechos de la Sección I, como aducía el Gobierno. Asimismo, se ha considerado cuestionable que una ley singular pueda disminuir las garantías que establece la Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa. Véase BASSOLS COMA, Martín; *Constitución y sistema económico*, op. cit., 1988, p. 193 y ss. ARIÑO ORTIZ, Gaspar; “El Estado empresario: iniciativa pública y reservas al sector público”, en MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; MORENO VIDA, María Nieves (dirs.); *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, op. cit., 2002, p. 455 y ss. PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón; “Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-101, 1983, p. 1139 y ss. En contra, GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; “Sobre la no inconstitucionalidad del Decreto-Ley 2/83, de 23 de febrero”, en *La Ley*, núm. 2, 1983, p. 1143.

<sup>834</sup> En este sentido, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián; *Derecho administrativo económico*, op. cit., 1988, p. 256, quien indica no obstante el doble fundamento que puede tener esta indemnización. En el caso en que la reserva implique la transferencia de titularidades patrimoniales privadas, su fundamento será la expropiación; mientras que en el caso en que implique solamente la cesación de actividades privadas, la indemnización derivará de los daños y perjuicios producidos al particular.

## **CAPÍTULO 4. LA FORMA EUROPEA DE ESTADO SOCIAL: UNA PROPUESTA DE COMPRENSIÓN**

El análisis realizado en los capítulos anteriores muestra la construcción del Estado social en torno a dos modelos jurídicos en los estados europeos, que tienen no obstante caracteres comunes, dando lugar a una misma forma jurídica del poder. Si cada modelo se forma en base a una situación histórica particular, atendiendo a los rasgos jurídicos de cada sistema, es posible extraer de su comparación ciertos aspectos comunes, que muestran las características con las que se conforma el poder público en el Estado social. Puede hablarse, así, de una única forma de Estado social en los sistemas europeos, que deriva del análisis realizado en los capítulos previos: por un lado, esta forma de Estado se caracteriza por una serie de elementos estructurales que son comunes a ambos modelos (Sección I); por otro lado, estos elementos, que han tenido durante largo tiempo modos de expresión jurídica distintos, convergen hacia una misma forma de articulación, a través de la colaboración entre legislador y Constitución (Sección II).

### **SECCIÓN I. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA FORMA DE ESTADO SOCIAL**

La forma jurídica del poder tiene en los estados europeos ciertas características comunes, que se desprenden del análisis del modelo nórdico y el modelo continental de Estado social. En todos ellos, el Estado social surge de un pacto social que expresa un amplio consenso entre la población (apartado A), a través del acuerdo en torno a un cuerpo de principios de valor materiales, en especial el principio de igualdad real, que permiten la integración de todos los individuos en la sociedad (apartado B). Ello da lugar, en estos estados, a la emergencia de una obligación de procura existencial que se establece sobre el poder público con distintas formas (apartado C), y a la habilitación al poder público de una actividad de configuración sobre el orden social y económico: ésta se realiza con la existencia de instrumentos que permiten fijar condiciones al libre funcionamiento del mercado, o bien que posibilitan limitar propiamente su ámbito de actuación (apartado D). Estos elementos conforman un todo que se halla interrelacionado, debiendo hallarse todos ellos para conformar el Estado social, si bien su contenido e intensidad puede variar en los distintos estados, dando lugar a distintas variantes de la misma forma de Estado.

### **A. La existencia de una nueva legitimidad material y democrática del poder**

El Estado social surge, en los estados europeos, de un cambio en el fundamento del poder público que se produce en un mismo momento histórico y ante circunstancias similares. La indagación de las circunstancias históricas que dan lugar al Estado social mostró la formación de los dos modelos sobre la base de una misma problemática social, que sitúa en la sociedad industrializada y modernizada el origen de una nueva comprensión del individuo en relación con la sociedad. La persona, como ser entendido en concreto en una sociedad, pasa a ser objeto de una consideración distinta por el Estado, en tanto que puesta en relación con los demás individuos en un conjunto social determinado por la interdependencia en la satisfacción de las necesidades individuales. Ello supone la asignación al poder público de nuevas tareas con respecto a la sociedad, considerándose, a partir de finales del siglo XIX, como responsable de un orden social y económico que realice ciertos valores y objetivos acordados por la población.

El establecimiento de dicha concepción del Estado se forja en la filosofía y el pensamiento político a lo largo del siglo XIX, adquiriendo posteriormente plasmación en el Derecho, a través de la construcción de los estados europeos en el siglo XX. La comprensión del individuo como ser concreto, determinado por su contexto y por la dependencia en su realización personal respecto a otros individuos, constituye la base sobre la que se forma la nueva relación entre Estado y ciudadano, debiendo el poder público intervenir para generar condiciones que puedan ofrecer a todas las personas ciertas circunstancias de integración en la sociedad.

La construcción de esta concepción del Estado, asignándole una tarea de configuración y remodelación social, se produce en ambos modelos a partir de la aprobación de una serie de pactos o acuerdos, de amplia base social, que se dotan de un contenido material concreto y que atribuyen al poder público una nueva forma y función. La adopción de los acuerdos sindicales y de gobierno en los estados nórdicos, que se produce en el primer tercio del siglo XX, coincide con la elaboración en los estados continentales de una nueva comprensión de la Constitución, que supera la noción del positivismo puro para adoptar una función integradora de todos los individuos, sobre la cual basaría su supremacía normativa. En ambos modelos se halla, por tanto, un punto de partida común en la adopción de un pacto de amplias dimensiones, que genera adhesión entre los individuos en base a sus elevadas potencialidades de integración, dotando al poder público de una nueva legitimidad material y democrática.

Ello se plasma a través de documentos distintos en los diversos estados, que tienen una naturaleza jurídica distinta y cuyos efectos adquieren también alcances y expresiones propias. En los estados nórdicos, este consenso adopta un mayor carácter de pacto propiamente social, en la medida en que surge de la sociedad civil organizada y de la negociación entre los actores del ámbito laboral, que establecen a través de una forma contractual el marco de sus relaciones. Los acuerdos de gobierno en estos estados, prolongados durante un largo período a través de coaliciones entre diversas fuerzas políticas –con una importante presencia de la socialdemocracia-, adquieren también un fuerte carácter de pacto contractual social, por cuanto suponen, por un lado, la renuncia por los sectores obreros a la transformación completa de las instituciones del sistema capitalista, y por otro, la aceptación por el empresariado de una amplia intervención del poder público, orientando y encuadrando este sistema hacia la realización objetivos públicos. Sin embargo, en la medida en que este contenido es aceptado y consentido por todas las fuerzas políticas y sociales, cediendo el capital y el trabajo en sus reivindicaciones, este acuerdo opera como marco general normativo, alcanzando un cierto carácter de constitución material: su naturaleza permite evoluciones y adaptaciones diversas, pero no admite actuaciones que vayan más allá del contenido material aceptado, existiendo en tal caso una sanción social o política que puede aplicarse por los propios actores.

En los estados continentales, en cambio, la construcción del modelo social muestra una vía distinta de establecimiento de la obligación social sobre el poder público, que se produce a través de la canalización del consenso existente hacia un proceso constituyente y la elaboración de una Constitución que se aplica normativamente. La expresión de este consenso a través de la vía democrática, que tiene por tanto inicialmente un contenido político, se juridifica con la adopción de las distintas normas constitucionales, estableciéndose ciertos de sus elementos como aspectos jurídicos, que fijan normativamente el marco de actuación de los distintos actores. La obligación jurídico-constitucional que se establece sobre el poder público en los estados continentales supone, por tanto, dotar de una mayor intensidad jurídica el pacto social subyacente: éste sobrepasa su naturaleza inicialmente contractual –existente también en estos estados- y se establece como contenido normativo, dotado de supremacía ante los poderes públicos.

Ambos sistemas suponen, por tanto, modos distintos de establecimiento y garantía de la obligación que tiene el Estado, lo que condiciona su modo de construcción y funcionamiento, así como los problemas que se le presentan. Pero en todos los estados se trata de una forma jurídica que funciona de modo similar, basada en el consenso que producen ciertos valores y

principios materiales, como elemento que permite el establecimiento de la obligación social del Estado y su desarrollo. Es precisamente la aceptación y adhesión de la ciudadanía a este contenido material lo que permite en los estados europeos fundar la obligación establecida sobre el poder público, y prever ciertos mecanismos de aseguramiento: el Estado adquiere legitimidad únicamente para la realización de dicha función, estableciéndose ésta como base de su propia existencia, en la medida en que su contenido se halla en el núcleo del acuerdo que fundamenta la propia construcción de la esfera pública.

### **B. El principio de igualdad real como orientador de la actuación pública**

La forma jurídica del Estado social muestra, en los estados europeos, la existencia de principios generales de valor que se reconocen como elementos orientadores de la actuación pública. Si el contenido de estos principios se establece en cada modelo a través de fórmulas propias, pueden hallarse en ambos casos elementos comunes, que sitúan la igualdad real en el centro de la acción estatal, como objetivo al que deben tender sus actividades: el fin de realización de condiciones que permitan hacer efectiva la igualdad, en sus distintas concepciones, aparece en el Estado social ligado al valor de la condición humana y a las exigencias de su libre desarrollo, mostrando una nueva concepción del individuo en relación con su entorno y circunstancias específicas. Ello da lugar a la quiebra de la separación entre Estado y sociedad, considerándose el Estado obligado a intervenir en el orden social y económico, para realizar una serie de condiciones que no resultan automáticamente de su libre funcionamiento.

El principio de igualdad real constituye, en ambos modelos, el núcleo central de la obligación social establecida sobre el poder público. La construcción del Estado social implica, como se ha visto, una opción axiológica por la realización efectiva del valor igualdad, que surge ante una situación en que la cuestión de la pobreza y la sujeción económica del individuo ponía de manifiesto la insuficiencia de la proclamación formal de los derechos individuales. El principio de igualdad real aparece así, en el pacto fundacional del Estado social, como elemento que impulsa y fundamenta esta forma de Estado, otorgando al poder público una nueva justificación –no reducida ya a la garantía de los derechos naturales– y situándola en la realización de la igualdad entre los miembros de la sociedad, como elemento necesario para su integración en condiciones reales.

La elaboración jurídica del principio de igualdad real adquiere, en ambos modelos, características propias, que responden a sus singularidades, pero que no niegan en todo caso un contenido común, acentuado además por una cierta convergencia entre ambos. En los

estados nórdicos, el principio de igualdad real carece durante largo tiempo de una teorización jurídica, si bien su concepción puede deducirse de la legislación social adoptada, y de los rasgos que se desprenden del sistema social en conjunto: la igualdad real se ha expresado, en este modelo, en la dirección política del legislador hacia la construcción de un sistema social incluyente, que ofreciera condiciones de subsistencia y realización personal a todos los sujetos, y permitiera su relación con los demás a través del mercado en unas mínimas condiciones de autonomía. Si el principio ha tenido, históricamente, un significado principalmente colectivo, que no lo ha configurado como derecho invocable individualmente, posteriormente se ha incorporado a él también una cierta diferenciación normativa, estableciendo niveles distintos de prestación en función del grado de contribución de cada persona, y previéndose en las constituciones un derecho a la no discriminación, que permite la reclamación individual de un determinado tratamiento.

Un proceso contrario ha tenido lugar, en cambio, en los estados continentales, donde la igualdad real se establece como principio normativo y como derecho individual en las constituciones. El reconocimiento de este principio, como derecho fundamental que incorpora habitualmente una dimensión formal y una dimensión material –a través de la previsión de ciertas prohibiciones de discriminación–, conlleva la imposición al legislador de la distinción entre situaciones que sean en la práctica distintas, obligándolo a valorar la realidad social y las circunstancias fácticas que rodean cada supuesto, y a atribuir el tratamiento normativo adecuado a cada categoría de sujetos. El sistema social se construye, así, a través de la distinción entre grupos, otorgando prestaciones distintas a cada uno de ellos según su situación específica, y orientado por tanto a la garantía individual del tratamiento de cada sujeto. Ello evoluciona, no obstante, también en las últimas décadas, previéndose ciertos contenidos y servicios públicos con un acceso universal y una prestación uniforme –especialmente, la educación y los servicios sociales–, que extienden la inclusión en el sistema social a todas las personas.

En todo caso, la forma de Estado social se basa, en los estados europeos, en una cierta concepción común de la igualdad real, como principio que exige al poder público la intervención en el orden social y económico, para garantizar al individuo y a los grupos unas condiciones que no se realizan por sí mismas, y que deben permitirles su actuación en la sociedad, en igualdad con los demás sujetos. La igualdad real se vincula, así, a las posibilidades de actuación y realización del individuo en el marco de la sociedad, conectándose a la condición humana, y a las exigencias que plantea la garantía de una libertad real para el desarrollo de la personalidad del sujeto. La comprensión del individuo que se

desprende de las constituciones continentales, como sujeto que pierde su espacio vital dominado en el que anteriormente realizaba sus necesidades, pone de relieve su desarrollo y realización a través de sus relaciones sociales –sobre todo, a través del mercado-, y la importancia de garantizar una cierta seguridad en el orden social, por medio de la actuación pública. El mismo principio aparece en los estados nórdicos, donde, a pesar no hallarse formulado a nivel fundamental –teniendo el sistema social un menor carácter individualista-, se desprende de la legislación social establecida, interviniendo el poder público con intensidad para garantizar la posición del individuo ante el sistema económico y social.

La orientación axiológica de los estados europeos, ligada a la realización de la igualdad real en tanto que condición imprescindible para la dignidad humana, conlleva la existencia de una cierta voluntad de reforma o corrección del sistema social como elemento imprescindible de la configuración del Estado social. Esta reforma puede darse con diversas intensidades y perfiles en cada ordenamiento, pero el Estado social exige la existencia de medios que permitan la intervención del poder público en las condiciones sociales y económicas, con capacidad de modificarlas si se considera conveniente, y de establecer y condicionar el desarrollo del orden económico. El alcance de la remodelación social dependerá, en cada sistema, de las opciones políticas dominantes, pero el establecimiento de esta forma de Estado requiere la atribución a las autoridades públicas de mecanismos y poderes por los que sea posible realizarla: ello no ocurre en aquellos sistemas que subordinan la intervención pública al respeto absoluto del orden de mercado –como se verá, en gran medida, la Unión Europea-, ni tampoco en aquellos casos en que no se permita la intervención del Estado más allá del establecimiento de ciertas condiciones mínimas de igualdad, proporcionando iguales oportunidades pero sin limitar o condicionar el desarrollo del sistema económico en función de fines sociales –piénsese, por ejemplo, en el sistema de Estados Unidos-.

### **C. La obligación de procura existencial como vía de la reforma social**

La orientación axiológica del Estado al principio de igualdad real y su vinculación a la dignidad humana conlleva, en los estados europeos, la emergencia de una obligación que se establece sobre el poder público, y que exige, como se ha dicho, su intervención sobre el orden social y económico, reformando y corrigiendo las condiciones que generan desigualdad. La vinculación de dicha obligación con la situación del individuo, que se considera en este marco en relación con un entorno social en el que debe satisfacer sus necesidades –disminuyendo su espacio vital dominado-, conduce a la focalización de la actuación pública en las condiciones por las que el sujeto realiza estas necesidades,

estableciéndose una obligación de procura existencial que, entendida en un sentido amplio, concentra y define la actividad de reforma a acometer en el orden social. La reforma y corrección del orden económico se realiza, así, a través de la creación de condiciones que permitan a todos los sujetos, con mayor o menor extensión, una satisfacción de los requerimientos de su desarrollo de forma independiente a su situación económica: la procura existencial, comprendiendo todas las condiciones que el individuo requiere para la vida en sociedad –según su definición en cada Estado–, constituye el medio por el que se realiza la reforma social tendente a la igualdad real, modificando la situación de sujeción y dependencia económica de los distintos sujetos, y proporcionando a todos unas mismas condiciones de desarrollo al margen del mecanismo de mercado.

Es cierto que esta obligación de procura existencial, integrada en todo caso por unos mismos principios –igualdad real, dignidad humana– ha tenido desarrollos e implicaciones distintas según la intensidad que adquiere cada uno de ellos, dando lugar a sistemas sociales diversificados. La comprensión de esta obligación social, que tiene en todos los sistemas un cierto cuerpo de contenido compartido, supone también su desarrollo y concreción poniendo el énfasis en elementos distintos, según el entendimiento y las particularidades propias de cada estado. Así, si en los estados nórdicos el fin último de la construcción ha sido la realización de la igualdad, a través de un sistema que ofreciera iguales condiciones a todas las personas –y que, como consecuencia, garantizaba al individuo ciertas necesidades básicas–; en el modelo continental lo esencial se ha situado en la propia realización de la dignidad humana –en el aseguramiento, por tanto, de las necesidades individuales–, considerando que, a través de la provisión de ciertos bienes esenciales a todos los individuos, se produciría progresivamente una mayor igualdad real. Ambos sistemas, no obstante, suponen la realización de una actividad de procura existencial a través de vías públicas de prestación y servicio, a pesar de que ello se lleve a cabo con acentos distintos: el carácter colectivo y universal de los sistemas nórdicos se explica por la prioridad que la legislación ha otorgado al elemento igualitario; mientras que el modelo continental tiene una base esencialmente individual, fundada en su orientación hacia la realización de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

La actividad de procura existencial se define, en ambos modelos, en relación con las necesidades del sujeto, que pueden ser entendidas de forma más o menos amplia, dependiendo de las opciones contenidas en la Constitución y en la legislación correspondiente. En los estados nórdicos, como se vio, se ha adoptado un concepto muy amplio de “necesidad social”, que incluye todo aquello que permita al individuo llevar una

vida digna y obtener su plena realización en el seno de la sociedad. La concreción legislativa de este concepto, ejemplificado en la Ley sueca 2001:453 de Servicios Sociales, incluye aspectos tan diversos como el coste razonable por alimentación, salud e higiene, el coste del periódico, el teléfono, la televisión, la vivienda, la electricidad, el desplazamiento al trabajo, así como el seguro de hogar y las cuotas por la pertenencia a un sindicato y a un fondo de desempleo. El Estado interviene pues de forma amplia en la garantía de un amplio rango de condiciones consideradas necesarias para el desarrollo del individuo, asegurando los medios para su realización a través de actuaciones públicas.

En el modelo continental, las necesidades que deben ser como mínimo cubiertas se establecen generalmente a nivel constitucional y se concretan por ley, ligándose también a la dignidad humana. El contenido de la procura existencial, aunque depende de la definición por cada estado, debe entenderse en un sentido amplio, que incluye tanto las actuaciones positivas de provisión de bienes y servicios como la garantía de ciertas condiciones de libertad o autonomía en el ámbito laboral, permitiendo una mayor igualdad entre las partes de la relación de trabajo. A pesar de que este contenido se deriva de la determinación constitucional o legislativa en cada estado, ya la formulación inicial de este concepto por FORSTHOFF incluía estos elementos: según el autor, la procura existencial comprendía, además de “la aportación de prestaciones de las que depende el sujeto en la vida moderna”, la “garantía de una relación adecuada entre salarios y precios”, que comprendía “el derecho al trabajo y a la remuneración adecuada”<sup>835</sup>. La procura existencial se ha entendido, pues, en un sentido amplio, comprendiendo la realización de la igualdad real en todos los ámbitos del orden social, y obligando al poder público a modificar el funcionamiento natural del mismo derivado de la libertad individual.

La concreción normativa de esta obligación de procura existencial se produce en los diversos estados a través de distintas formas, ya sea como derechos subjetivos o como obligaciones objetivas que determinan los deberes de configuración social del poder público. Las especiales características de estas actuaciones, junto con los rasgos de los sistemas jurídicos nórdicos y continentales, han propiciado una concreción de esta obligación no siempre en forma de derechos subjetivos, revelando, ya sea a nivel constitucional o legislativo, la insuficiencia de esta categoría –y de la exclusiva garantía judicial– para la determinación de las actuaciones debidas. Ambos modelos han optado, así, por complementar el reconocimiento de derechos con la formulación de deberes objetivos, que permiten en

---

<sup>835</sup> FORSTHOFF, Ernst; *Sociedad industrial y Administración Pública*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967, p. 49 y ss.

mayor medida la definición de los elementos a realizar por el poder público: así se refleja tanto en las constituciones continentales, que contienen a menudo mandatos u obligaciones sociales, como en la legislación social nórdica, que establece de forma frecuente únicamente obligaciones sociales. La forma jurídica de tales enunciados no tiene en la práctica tanta importancia, en la medida en que sea posible, por medios judiciales o administrativos, el control objetivo de la actuación del poder público y la realización efectiva de la actividad que estos preceptos determinan.

#### **D. La habilitación de los instrumentos públicos de limitación del mercado**

La obligación de procura existencial que resulta de los sistemas europeos implica, por su orientación axiológica, una actividad de modificación del orden social y económico existente, que requiere la existencia en el sistema jurídico de instrumentos de intervención en este orden, y especialmente en el sistema económico. La actividad de reforma social que se impone al Estado, canalizada a través de la obligación de procura existencial en sus diversas expresiones, exige la habilitación, para el poder público, de ciertos mecanismos que le permitan modificar y corregir, en los ámbitos considerados esenciales, las condiciones de funcionamiento autónomo del mercado, introduciendo en él intereses sociales y limitando así el libre ejercicio de los derechos económicos. La habilitación de estos instrumentos supone, al mismo tiempo, la existencia de una concepción limitada de la libertad económica: ésta se entiende, en tanto que expresiva del orden de mercado, como ámbito de libertad constituida, cuyo contenido y ejercicio depende de los intereses generales, pudiendo el poder público regularla o limitarla en base a la percepción democrática del interés general.

La realización de la procura existencial implica, en los ordenamientos europeos, el establecimiento de una serie de instrumentos formales para los poderes públicos, a través de los que éstos adquieren capacidad para actuar en el ámbito económico, controlando el desarrollo de las actividades privadas y el funcionamiento del mercado en su conjunto. Ello supone la consideración del sistema económico como elemento constituido, que no pre-existe al orden estatal sino que puede funcionar únicamente dentro del mismo, a través de los derechos económicos y de las libertades que se reconocen para su desarrollo –que pierden, como se vio, su carácter absoluto-. El mercado se establece, en el Estado social, como ámbito constituido, con una forma que deriva de las constituciones o acuerdos constitutivos, y que permite al poder público establecer sus límites: la relación entre Estado y mercado se contiene, por tanto, en los propios documentos constitucionales, estableciéndose el sistema económico como esfera de relación entre individuos, pero cuyo ámbito de actuación puede

quedar limitado por la regulación pública, o puede excluirse completamente en un sector si el Estado lo considera conveniente.

La actividad de reforma social a través de la procura existencial presupone la insuficiencia del funcionamiento espontáneo del orden económico para la realización de elementos sociales, que no resultan de forma automática, en esta concepción, del libre ejercicio de las libertades económicas. La procura existencial, como actividad pública de creación de condiciones de igualdad para la satisfacción de las necesidades individuales, exige la capacidad de modificación y limitación de los derechos económicos, cuyo libre funcionamiento genera en la práctica condiciones de desigualdad entre los individuos. Por ello, la satisfacción de las necesidades individuales por el poder público supone la sustracción al vínculo del mercado de ciertas actividades que se consideren esenciales: la cobertura de necesidades individuales constituye un medio para la realización de una mayor igualdad real, lo que exige una capacidad estatal de intervenir para satisfacerlas modificando las condiciones del mercado, pudiendo sustraer a su régimen la prestación de ciertos bienes y servicios que quieran sujetarse a mayores garantías a través de su provisión pública.

Los instrumentos de intervención en el sistema económico constituyen, así, los medios a través de los que se realiza la procura existencial, sin los cuales dicha actividad quedaría limitada a la satisfacción de necesidades básicas, sin un fin de reforma social. El poder público adquiere, así, facultades de limitación del mercado por distintas vías: por un lado, se le atribuye la facultad de condicionar el ejercicio de los derechos económicos, estableciendo requisitos a las diversas actividades y orientándolas a la realización de los fines que considere pertinentes a través de los mecanismos reguladores, o bien atribuyendo ámbitos de autonomía a los sujetos colectivos o prestaciones individuales redistributivas; por otro lado, el Estado puede limitar el ámbito de actuación del mercado, ejerciendo él mismo actividades económicas de iniciativa pública –para las que puede determinar el régimen jurídico, si bien no excluir completamente la competencia-, o bien reservando ciertas actividades al sector público, suprimiendo entonces, en atención a la relevancia de los bienes o servicios concernidos, el régimen de mercado de forma total, excluyendo la competencia y la iniciativa privada.

La realización de los componentes de la procura existencial podrá requerir, así, la aplicación de estos instrumentos en distintas intensidades, según la relevancia que atribuya el poder público a la actividad en cuestión. La actividad de protección de las condiciones laborales se realiza habitualmente a través de los instrumentos reguladores, que atribuyen una posición jurídica de igualdad o de mayor protección a los sindicatos y a la negociación

colectiva, o bien establecen, por medio de la regulación pública, las condiciones laborales. Asimismo, la actividad reguladora permite al poder público controlar el ejercicio de las actividades privadas, exigiendo los requisitos que deben cumplir por diversas razones, y determinando las condiciones que deben realizar para ser admisibles, orientándolas si así se desea al cumplimiento de elementos sociales. La actividad reguladora es necesaria, además, para el establecimiento de prestaciones económicas o de servicio –aunque estas últimas dependerán también de los instrumentos administrativos-: la regulación de estas transferencias de recursos supone la sustracción de su realización al régimen de mercado, estableciendo su provisión pública fuera de las condiciones de oferta y demanda, y limitando asimismo los derechos económicos con su financiación, a través de la capacidad tributaria del Estado.

Los instrumentos administrativos, por su parte, permiten también la limitación del libre sistema económico, a través de la determinación del régimen aplicable a las actividades propias del Estado, o bien de la sustracción de todo un sector de actividad a la iniciativa privada. Ambos casos tienen relevancia para las actividades de servicio o de producción de bienes considerados esenciales, que requieren por su esencialidad una prestación con determinadas garantías de seguridad, continuidad e universalidad, consideradas únicamente realizables a través de su provisión por el poder público. El Estado puede, así, asumir a través de la iniciativa pública la producción de determinados bienes o servicios, en un régimen específico distinto al del mercado –si bien no excluyendo completamente la iniciativa privada concurrente-; o bien, en los casos que considere todavía más relevantes, adquirir la titularidad de todo un sector de actividad, cuya realización en régimen de mercado no posibilitaría la prestación con las suficientes garantías, determinando así su asunción por el poder público y la exclusión de la iniciativa privada. La limitación del mercado puede adquirir, en estos casos, distintas intensidades, en función del régimen jurídico que se establezca para la actividad pública, y del grado de exclusividad del Estado en su prestación, limitando la competencia.

El poder público adquiere por tanto, en el Estado social, nuevos poderes de intervención sobre la economía, que permiten, dentro de los límites constitucionales, la modificación del funcionamiento autónomo del libre mercado. Ya sea a través de la regulación laboral, de la prestación administrativa de servicios, de la actividad redistributiva o del mero control de la actividad económica, el Estado obtiene medios para la realización de una mayor igualdad real en la sociedad, modificando las condiciones que derivan del orden natural de la libertad y generando para los individuos posiciones de seguridad frente al mismo. Los sujetos obtienen, por esta vía, los elementos de procura existencial que requieren para su desarrollo, adoptando el poder público un rol de mediación y modulación del mercado: el interés público, acordado

democráticamente, prevalece sobre los intereses individuales económicos, en una actividad de modificación y creación de condiciones de igualdad material en el orden social que desvincula al sujeto respecto a su posición económica.

## **SECCIÓN II. LOS DISTINTOS MODOS DE EXPRESIÓN JURÍDICA DE LA FORMA DE ESTADO SOCIAL**

Los elementos estructurales de la forma de Estado social se expresan a través de distintas configuraciones jurídicas, en función de las características y de la tradición jurídica presente en cada modelo. En los estados nórdicos, la formulación jurídica de los elementos del Estado social se ha producido durante largo tiempo por una vía exclusivamente democrática –a través de la ley y de las relaciones colectivas de trabajo-, lo que no ha estado exento de problemas, modificándose en cierta medida posteriormente (apartado A). En los estados continentales, la formulación constitucional de estos elementos ha encontrado también dificultades, no adaptándose la concepción clásica de la Constitución a estos contenidos (apartado B). Ambas formas de expresión jurídica convergen no obstante en cierta medida, y se revelan complementarias, hallándose la mejor vía de garantía de estos elementos en la fijación de un adecuado equilibrio entre ambas (apartado C).

### **A. La forma democrática pura del Estado social y su problemática**

El establecimiento de los elementos del Estado social se produce, en los estados nórdicos, por una vía democrática pura, que se mantiene durante un largo período a través de los acuerdos sociales y políticos establecidos a principios del siglo XX. Estos acuerdos de base suponen el establecimiento, a partir de la definición de ciertos valores y principios, de un marco de relación entre los diversos actores, que contiene de forma implícita los elementos materiales y formales de este tipo de Estado. Ello funcionará como vía de conformación del Estado durante un largo período, no hallándose el órgano democrático limitado más que por las opciones políticas y sociales existentes, que no adquieren naturaleza constitucional. La concepción de la Constitución como carente de supremacía normativa, junto con la comprensión iusrealista de los derechos individuales, dará lugar a una situación en que la actividad de reforma social y procura existencial tiene un alcance ilimitado, situándose todo el proceso social y económico en manos de los poderes públicos.

Es cierto que los acuerdos fundadores contienen una cierta determinación implícita de los elementos materiales, y que su aprobación se produce por la aceptación del sistema capitalista

como sistema económico, no pudiendo éste ser modificado o reformado hasta tal punto que sus fundamentos queden desnaturalizados. Pero la ausencia de una garantía normativa de los derechos individuales, ya fuera por la ausencia de un texto constitucional o de una concepción normativa de la Constitución garantizada por el control del legislador, conduce a situaciones de amplia limitación de estos derechos que quedan impunes, y a una actuación ilimitada del principio mayoritario, que carece de contrapesos o controles, siendo su voluntad expresión de intereses democráticos que no pueden ser cuestionados. El papel central del Parlamento sitúa en la ley la realización de la configuración social deseada, definiéndose los intereses generales únicamente a través de la vía mayoritaria: no existe una determinación normativa superior de los elementos materiales que deben realizarse, sino que ello deriva únicamente de la voluntad política, orientada por unos principios axiológicos que se desprenden asimismo del pensamiento social dominante.

Ello conduce a una situación en que la realización de tareas sociales, como concreción del principio de igualdad real que orienta toda la actividad social, se formula únicamente por la vía democrática, a través de la regulación legal o administrativa, adquiriendo asimismo un carácter técnico. Los elementos que deben realizarse a través de la procura existencial se definen por medio de la ley, lo que sitúa la existencia de derechos subjetivos en un segundo plano, en la medida en que el control judicial de su aplicación por la Administración podrá darse de todas formas, a través de la fiscalización de su sujeción objetiva a la legalidad. La existencia de varios mecanismos de control extra-judicial de estos órganos, que se construyen en los países nórdicos dando lugar a una garantía institucional al margen del poder judicial, muestra el énfasis que ponen estos estados en el carácter objetivo de la protección del individuo, siendo menos relevante la existencia de una pretensión subjetiva de carácter particular: en tanto la actividad administrativa que debe dar lugar a la misma queda igualmente controlada, la tutela de una pretensión individual ante la jurisdicción adquiere menor relevancia, siendo ajena a la problemática de los derechos sociales constitucionales.

Esta ausencia de limitación en el proceso de reforma social se hace patente, asimismo, en la configuración de los instrumentos formales en estos estados, que no hallan límites explícitos en los derechos económicos, pudiendo ejercerse con una gran libertad por el poder público. Si ello ha dado lugar a la priorización de los instrumentos reguladores y redistributivos, no realizando en cambio grandes nacionalizaciones o reservas al sector público –aunque sí desincentivando la iniciativa privada en ámbitos sociales, o realizando amplias políticas de expropiaciones urbanísticas-, la eficacia de estos instrumentos se ha apoyado en la ausencia de límites claros a su actuación, que ha permitido elevados niveles de

redistribución y funcionalización de los ingresos individuales y del producto de las empresas. El Estado ha obtenido la capacidad, así, de una fuerte dirección del sistema económico, al tiempo que ejercía actividades públicas casi en exclusiva en los sectores sociales, garantizando su provisión en un régimen de igualdad y universalidad con garantías públicas. La capacidad de realización de reformas sociales ha sido muy intensa, hallándose el poder público habilitado a realizar actuaciones profundas de corrección del sistema económico, en aras a la consecución de los fines sociales definidos democráticamente.

Las virtudes de este sistema, plasmadas en los elevados niveles de igualdad y redistribución social alcanzados en estos estados, contrastan no obstante con los problemas que presenta la configuración puramente democrática de esta forma de Estado, en tanto no asegura el respeto a las libertades individuales ni un ámbito privado del individuo frente a la intervención pública. Los sistemas nórdicos se han ido desplazando por ello, más recientemente, hacia una concepción que acepta en mayor medida los derechos constitucionales, adoptando, por influencia de los instrumentos internacionales, una concepción normativa de la Constitución y un sistema más extenso de control de constitucionalidad. Los derechos económicos quedan reconocidos así, actualmente, como derechos constitucionales, dotados de garantías normativas que suponen un mayor freno a los instrumentos de reforma social. Ello ha ocasionado modificaciones en la configuración administrativa de ciertas actividades –por ejemplo, los servicios públicos, donde se admite ahora la iniciativa privada y la libertad de elección del individuo–, si bien no ha afectado al sistema redistributivo: éste sigue operando como instrumento de igualación social, limitando los derechos económicos, sin que ello plantee dudas acerca de la legitimidad de tales actuaciones.

La garantía democrática del Estado social aparece como vía posible, por tanto, en circunstancias sociales y políticas muy determinadas, que garantizan un consenso generalizado en torno a la visión de la sociedad y al papel del Estado en la misma. Pero posteriormente esta forma de garantía se ha revelado problemática, no asegurando el mantenimiento de la actividad pública frente a retrocesos o modificaciones en la opinión predominante. La configuración política de este Estado no permite asegurar su pervivencia ante cambios de opinión pública, más allá del sustrato ideológico compartido por todas las fuerzas políticas y sectores en cuanto a la idea de sociedad y a la intervención del poder público en la misma: la garantía democrática se revela tan flexible en la configuración social como vulnerable ante los cambios en las condiciones que la hacían posible, pudiendo mantenerse únicamente si consigue el suficiente consenso social y político.

## **B. La forma constitucional del Estado social y sus dificultades**

La aproximación ha sido distinta en el modelo continental, donde la expresión jurídica de la forma de Estado social se ha insertado en las constituciones, adquiriendo una normatividad superior en ciertos de sus elementos, y condicionando así la actuación del poder público. Si es evidente que también en estos estados la construcción del Estado social se produce inicialmente por una vía contractual y democrática, a través de la elaboración de la legislación de protección social y de los seguros sociales, dicha construcción, por las características jurídicas y de comprensión del Estado en estos sistemas, se incorpora al contenido constitucional, estableciéndose de forma normativa, con una mayor o menor extensión, los elementos materiales que deben realizarse y los instrumentos de los que dispone el poder público. La determinación de la forma de Estado se concibe, en estos países, únicamente a partir de la norma constitucional: sólo cuando la función social del poder público puede asegurarse normativamente, de forma similar a los elementos del Estado de Derecho, se considera que existe una forma distinta del poder, pudiendo imponerse a él ciertos rasgos que lo configuran –más allá de las opciones democráticas existentes en cada momento-.

La confianza en la garantía constitucional de esta forma del poder, no obstante, se ha revelado problemática, en la medida en que la norma constitucional y sus mecanismos de aseguramiento se hallan poco adaptados a las exigencias de control que supone la actuación positiva del poder público. Los elementos materiales que orientan la actividad del Estado en el orden social y económico, establecidos en forma de principios generales de valor y concretados a través de derechos u obligaciones públicas, prevén los objetivos o fines a realizar por el Estado, pero tienen dificultades a la hora de imponerse normativamente al mismo: si es cierto que no siempre los derechos sociales implican actuaciones positivas, y que éstos pueden además preverse con un elevado nivel de detalle –si existe el consenso suficiente en la sociedad-, habitualmente estos derechos se han formulado de forma genérica, a partir de conceptos indeterminados, careciendo el Juez de los instrumentos de pre-comprensión jurídica que tiene para la interpretación de otros derechos, y requiriendo por ello la intervención del legislador para la concreción de su contenido. Ello no es un requisito en todos los derechos sociales, y depende de la concreta formulación de cada uno y de la capacidad de interpretación y consenso en torno a su contenido en cada estado, pero constituye una dificultad existente en la mayor parte de sistemas continentales, donde la extracción del contenido que se impone constitucionalmente al poder público, más allá de su abstención, genera problemas a los órganos judiciales, que carecen además, en tanto que

dotados de una función de control negativo, de las vías procesales para imponer al legislador la realización de contenidos positivos concretos.

La problemática relativa a la garantía de los contenidos sociales desde la Constitución ha oscurecido, en cambio, el desarrollo que supone la inserción de la función social de los derechos económicos en estas normas, y la previsión de los instrumentos formales del Estado, como preceptos que sí logran efectos importantes desde la Constitución en la determinación del poder público. Si la realización de contenidos materiales obligatorios tiene mayores dificultades de garantía, en todo caso las constituciones continentales establecen las condiciones para que la realización de tales contenidos sea posible, a través de la determinación del espacio económico como ámbito que admite la intervención configuradora del poder público, y de la previsión de los derechos económicos como libertades constituidas, que conllevan en sus facultades obligaciones sociales y que admiten amplias limitaciones en virtud del interés general. Ello supone la consideración del orden de mercado como espacio constituido por la norma fundamental, y sujeto por tanto a las determinaciones y regulaciones que el poder público considere pertinentes: la realización de los intereses generales que exija la procura existencial deviene posible, en este esquema, en tanto la propia Constitución permite la actividad de reforma social, a través de la limitación de la actuación autónoma de los derechos económicos y de la introducción en el orden del mercado de elementos sociales.

En esta perspectiva, la propia mención de los instrumentos formales en los textos constitucionales expresa las posibilidades de configuración del orden social por el poder público, determinando las vías, cauces y procedimientos de su actuación en relación con la esfera de la sociedad. La norma constitucional dota al Estado de nuevos poderes en este ámbito, indicándole además los principios materiales que deben orientarlo, y los ámbitos y actuaciones concretas que debe realizar. Si estos elementos materiales tienen una difícil exigibilidad subjetiva desde la Constitución –más allá del principio básico que ésta contenga-, su inserción en esta norma permite un cierto control en vía objetiva, cuando las actuaciones realizadas desconozcan o sean contrarias a las obligaciones establecidas. La Constitución se muestra así como norma apta para el encuadre de la actividad de configuración social del poder público, tanto por la determinación de las vías de intervención en el mismo como por el establecimiento de las conductas que éste no puede realizar: la eficacia negativa de los derechos y obligaciones sociales permite al Juez determinar, a partir del contenido mínimo que se deduce de la norma fundamental, las actuaciones que lo vulneran o que no respetan su contenido, orientando así la actividad de configuración social del poder público. La virtualidad de esta garantía dependerá, una vez más, de la capacidad del órgano judicial de

extraer el contenido de estos preceptos, como aquellas condiciones que, en tanto que esenciales para la persona, se sustraen al proceso político debiendo garantizarse en todo caso. La configuración social puede, en todo caso, también determinarse en forma negativa por la Constitución, requiriendo su garantía positiva, como se dirá a continuación, de una mayor colaboración entre el Juez constitucional y el legislador.

La forma constitucional del Estado social presenta, no obstante, también otros problemas, más allá de la garantía de los contenidos materiales. Por un lado, la inserción de los elementos del orden social y económico en la norma fundamental supone limitar normativamente el proceso de reforma social, que no puede revertir en una transformación completa del sistema económico, modificando sus fundamentos –la forma del Estado presupone la aceptación del sistema capitalista-. Por otro lado, la garantía constitucional no asegura necesariamente una mejor protección social de los individuos, ni la realización de una más intensa actividad de configuración social: la atribución de derechos individuales a ciertas condiciones no alcanza la total amplitud que supone la actividad de protección social, y aunque puede garantizar ciertos aspectos de la misma, deja en un segundo plano el carácter colectivo y de solidaridad que requiere la protección social y la realización de una más amplia igualdad real. La forma constitucional, en tanto que articulación de la relación del Estado con el sujeto individual, no puede por sí sola más que establecer los fundamentos que permitan al poder público la realización de la configuración social, debiendo ser complementada con la actuación legislativa y la determinación colectiva que proviene del órgano democrático.

### **C. La complementariedad entre la forma democrática y constitucional**

El análisis de ambas formas de articulación de los elementos del Estado social muestra las insuficiencias que tienen en su consideración aislada, así como la proximidad de los problemas que plantea la configuración jurídica del poder con esta función social. Si por un lado la garantía democrática corre el peligro de desconocer los derechos y libertades individuales, situando su entera regulación y limitación en manos del proceso público determinado por el principio mayoritario, por otro lado la forma constitucional tiene dificultades en el aseguramiento de las actuaciones positivas, y aunque ejerce una orientación negativa sobre el proceso de configuración social, no puede contener en sí misma toda su determinación, ni los rasgos de expresión del interés colectivo que sólo se manifiestan a través de la legislación. Por ello, la forma jurídica del Estado social debe integrar ambas perspectivas, en un esquema de colaboración entre la Constitución y la ley que haga posible su complemento mutuo: así empieza a perfilarse en la evolución reciente de ambos modelos,

que incorporan, en especial en cuanto a la determinación de los elementos materiales, mecanismos de control parecidos que requieren la cooperación entre Juez constitucional y legislador.

La forma jurídica que se desprende de esta evolución, integrando aspectos de garantía constitucional y legislativa, se manifiesta en tres rasgos que se hallan actualmente en todos los sistemas, dando lugar a una cierta forma jurídica común del Estado social. Estos tres rasgos afectan al modo de determinación de las obligaciones y los límites del poder público en el proceso de configuración social, así como a las vías que puede utilizar para ello: si cada uno de estos aspectos adquiere particularidades en cada sistema, puede identificarse un cierto patrón común en la garantía de esta forma de Estado, conformando un determinado modo de colaboración entre la forma constitucional y la actividad de los poderes constituidos.

El primer rasgo de esta forma jurídica viene constituido por la determinación, a nivel constitucional, de los límites del proceso de reforma social, a través de la incorporación de los derechos económicos a los textos fundamentales, también recientemente en los estados nórdicos. Estos límites suponen la aceptación en todos los estados del sistema de producción capitalista, basado en la propiedad privada y la libre empresa, si bien su constitucionalización tiene en todos ellos ciertas características comunes, que los establecen como límites matizados: su reconocimiento se produce con un contenido no absoluto, determinado en gran medida por el legislador, lo que posibilita –en una mayor o menor extensión según la formulación concreta en cada estado- su adaptación en función de las necesidades sociales y de la apreciación del interés general por el órgano democrático, pudiendo éste reducir su contenido o ejercicio dentro de lo admitido por la norma constitucional.

Los rasgos positivos de la configuración social vienen determinados, en segundo lugar, únicamente de forma mínima por la Constitución, que no contiene, más allá de la orientación axiológica general del poder público, y de la previsión de ciertas posiciones subjetivas o mandatos concretos en materia social, una determinación completa de la actividad de reforma social, que dependerá en su mayor medida de la actividad del legislador, y de la aplicación de sus determinaciones por los poderes constituidos. La extensión de la definición constitucional de los elementos materiales a realizar en la configuración social variará en función de cada texto, pudiendo adquirir una mayor concreción –en ciertos estados continentales-, o bien tener una determinación mínima por el texto constitucional –en la mayor parte de estados nórdicos-. Pero en todo caso la Constitución no va más allá de la determinación de las condiciones que se consideran imprescindibles en esta configuración social –por ello, sustraídas al proceso político-, que pueden establecerse como posiciones subjetivas o bien como mandatos u

obligaciones objetivas: la determinación más amplia de las actividades de reforma y configuración social resultará sólo de la actividad legislativa, orientada y limitada por los principios de valor y los elementos materiales concretos establecidos a nivel fundamental.

El problema se sitúa, sin embargo, en la determinación de la medida en que el texto constitucional condiciona la actividad legislativa de configuración positiva, estableciendo los elementos concretos que deben asegurar y realizar los poderes constituidos en el orden social. Si en los estados nórdicos esta determinación ha sido tradicionalmente muy reducida, siendo casi inexistente el control de constitucionalidad en esta materia, en los estados continentales la problemática se ha planteado en toda su fuerza, exigiendo a los Tribunales constitucionales la extracción de contenidos desde las disposiciones y principios sociales. Ante la dificultad que ello conlleva para estos órganos, y la necesidad en todo caso de una intervención legislativa que concrete los diversos aspectos de la prestación, se han desarrollado en ciertos estados otras vías para la aplicación del control constitucional, permitiendo al legislador la determinación del contenido de estos preceptos y evaluando posteriormente dicha concreción. Así sucede con la aplicación, tanto en algunos estados nórdicos como continentales, del principio de no regresión en sus distintas formulaciones –confianza legítima, *standstill*, *effet cliquet*, prohibición de retroactividad–, que exige al legislador una cierta coherencia en sus desarrollos, impidiendo los retrocesos en las actividades de procura existencial que se consideren injustificados, excesivos o desproporcionados. La Constitución determina así procesalmente el desarrollo de la configuración social, exigiendo al legislador una actuación consistente con las anteriores, que no reduzca de forma arbitraria la protección social existente.

Ello no implica que la determinación de las condiciones de la configuración social por la Constitución no pueda ir más allá de este principio, estableciendo contenidos materiales concretos que se exijan al legislador. Ello depende de la precisión que alcancen estos contenidos en cada ordenamiento, ya sea por una formulación más detallada o porque el órgano de justicia constitucional sea capaz, atendiendo a las circunstancias que condicionan su interpretación, de extraer el contenido concreto que encierra un determinado precepto, exigiendo al legislador su realización. Pero ante la dificultad que ello plantea en la mayoría de sistemas, y la ausencia de mecanismos procesales que permitan la imposición de contenidos positivos al legislador, la eficacia de los contenidos previstos en la Constitución será esencialmente negativa, impidiendo a los órganos públicos desconocer o vulnerar las condiciones que exigen –y en cierta medida, retroceder excesivamente en su protección–: si los Tribunales no pueden entrar a determinar la forma o la organización positiva concreta que

debe tener una determinada prestación, sí deben y pueden realizar un control en una dimensión negativa, considerando incompatibles aquellas actuaciones o normaciones que desconozcan, vulneren o desarrollen de forma insuficiente el contenido mínimo que se desprende de la norma fundamental. La Constitución adquiere así una función de garantía objetiva de ciertos elementos de la configuración social, atribuyendo al legislador la determinación de estas condiciones y controlando *a posteriori* su realización.

La forma jurídica del Estado social se caracteriza, en tercer lugar, por la atribución al poder público de mecanismos de intervención en la economía, que se contiene también en las constituciones, ya sea a través de la propia previsión de los derechos económicos –en los estados nórdicos- o de preceptos específicos sobre ello –en los estados continentales-. Estos poderes permiten a los órganos públicos la realización de regulaciones o actividades administrativas o redistributivas, limitando el libre funcionamiento del orden económico y el ejercicio de las libertades individuales. Pero también aquí se plasma la colaboración entre la forma constitucional y legislativa: la norma fundamental determina los requisitos procesales y materiales para la aplicación de dichos instrumentos, exigiendo en cada caso las condiciones que se consideran relevantes –la intervención de la ley, la existencia de determinados supuestos de esencialidad-, y condicionando por tanto la actividad pública de configuración social a través de ellos, conforme a las condiciones acordadas a nivel fundamental.

El condicionamiento de estos instrumentos se produce, no obstante, en atención a la participación de la garantía democrática y a la exigencia de condiciones sustantivas que justifiquen la actuación pública en los casos de limitación más grave de los derechos económicos. La valoración de la presencia de estas condiciones por los Tribunales constitucionales ha sido muy flexible, dotando al poder público de un notable margen de apreciación sobre las actuaciones necesarias en el sistema económico. No existe, por tanto, a nivel estatal, una determinación previa del ámbito que tienen estos instrumentos, ni de las actuaciones que puedan establecerse, más allá de los límites que suponen los derechos económicos, considerados no obstante de forma laxa por los Tribunales. El Estado social adquiere con ello los instrumentos necesarios para la configuración social, habilitándose formalmente su entrada en el ámbito del mercado, anteriormente excluido como objeto de la actividad pública, y posibilitando así la realización de las condiciones de procura existencial que el poder público considere pertinentes. Las opciones posibles de configuración son por tanto diversas en el marco establecido por la Constitución, correspondiendo al legislador su concreción en función de su comprensión del interés general.

## CAPÍTULO 5. LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS ELEMENTOS DE LA FORMA DE ESTADO SOCIAL

La forma jurídica del Estado social se construye, como se ha visto en los capítulos anteriores, en el ámbito de los diversos sistemas jurídicos nacionales, partiendo originalmente de la consideración del propio “Estado-nación” como centro o forma de organización básica del poder público. Al poder estatal –y a sus entes territoriales- se imponen las obligaciones de procura existencial y se atribuyen los instrumentos formales, situándose en el cumplimiento de estos elementos la propia legitimidad de estos poderes, y la función de integración de los individuos. Pero dicha construcción, que parte inicialmente de unos ordenamientos estatales aisladamente considerados, no puede entenderse actualmente sin tener en cuenta la transformación que supone en ellos el proceso de integración europea, con el establecimiento de un orden supranacional dotado de objetivos concretos, y la creación de un nuevo poder público que se orienta a su realización: los sistemas nacionales, integrados en esta estructura supranacional, pierden sus rasgos de completud e integridad clásicos, cediendo parte de su soberanía y competencias y abandonando las formas tradicionales del Estado constitucional<sup>836</sup>.

Ello afecta a los elementos propios del Estado social, que no se hallan ya exclusivamente definidos por las constituciones nacionales, sino que tienen una importante determinación e influencia del Derecho de la Unión Europea, orientado a unos fines y procedimientos precisos. Se plantea, así, en qué medida la forma jurídica del Estado social resiste la integración europea, y cuál es el sentido de las modificaciones –si las hay- producidas en sus distintos aspectos por la creación de este orden. Como se verá, la incidencia del Derecho de la Unión<sup>837</sup> se produce por la propia construcción de un orden jurídico que contiene obligaciones relativas a la configuración social y económica (Sección I), lo que influye en los distintos

---

<sup>836</sup> La cesión de competencias se establece de forma diversa en las distintas constituciones. Se hace referencia a “transferir poderes soberanos” (art. 23 Constitución alemana); a “ejercer en común ciertas de sus competencias” (art. 88-1 Constitución francesa); a “las limitaciones de soberanía” (art. 11 Constitución italiana); a la celebración de Tratados que “atribuya” a una organización internacional “el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución” (art. 93 Constitución española), a “transferir autoridad decisoria” en el marco de la Unión Europea (art. 10:6 Instrumento de Gobierno sueco); a la “delegación [de poderes constitucionales] a autoridades internacionales” (art. 20 Constitución danesa); y a la “transferencia de autoridad a la Unión Europea” (art. 94 Constitución finlandesa). No se entra aquí en la naturaleza jurídica de dicha cesión de competencias, siendo suficiente la constatación de su existencia y la transformación por ello de los Estados nacionales. Véase MACCORMICK, Neil; “Beyond the Sovereign State”, *The Modern Law Review*, vol. 56, nº 1, 1993, p. 16.

<sup>837</sup> Como se indicó en la introducción, el análisis del presente capítulo toma en cuenta únicamente el Derecho primario de la Unión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La referencia que se haga al Derecho de la Unión Europea se entiende alusiva por tanto a estos elementos.

elementos que se han identificado como definidores de la forma de Estado social: se altera el contenido del principio de igualdad, orientándose a fines determinados (Sección II); se afecta a los elementos que componen la obligación de procura existencial (Sección III); y se restringen asimismo los instrumentos formales existentes para su realización, que no se recuperan de la misma forma a nivel europeo (Sección IV).

## **SECCIÓN I. LA FORMACIÓN DE UN ORDEN JURÍDICO EUROPEO QUE DETERMINA LAS OBLIGACIONES DE CONFIGURACIÓN SOCIAL DEL ESTADO**

La articulación jurídica del Estado social, establecido a nivel nacional con una cierta constitucionalización de sus elementos, se transforma y se hace más compleja a través de la integración europea, añadiéndose a los niveles legislativo y constitucional un tercer nivel del ordenamiento jurídico que puede a su vez establecer o afectar a sus elementos jurídicos<sup>838</sup>. El pacto originario del Estado social, que supone una determinada articulación de sus elementos, se ve afectado por la existencia a nivel europeo de un ordenamiento basado en premisas distintas, y que evoluciona progresivamente, por la sucesiva variación de los elementos materiales que contiene y de los principios jurídicos que lo caracterizan. Ello genera un efecto hacia los sistemas nacionales que ha variado también en el tiempo: en una etapa inicial, el sistema jurídico de la Unión adquiere una singular fuerza jurídica, que se complementa con una progresiva expansión de su ámbito de aplicación (Sección A); paralelamente, se produce un proceso de incorporación de objetivos y elementos sociales, que busca matizar este incisivo efecto, si bien no ha conseguido hasta el momento un equilibrio entre los aspectos sociales y económicos (Sección B). Todo ello da lugar a un ordenamiento supranacional que contiene para los Estados obligaciones concretas, tanto a nivel axiológico como en el ámbito económico y social (Sección C).

### **A. La formación de un orden supranacional con amplios efectos sobre los sistemas estatales (1957-2000)**

El establecimiento de la Unión Europea, a través de un pacto inicial de Derecho internacional, evoluciona progresivamente adquiriendo características jurídicas singulares, y dotando a las Comunidades europeas, como se sabe, de un carácter *sui generis* que no halla comparación en otras organizaciones internacionales. Sin entrar en la discusión acerca de la naturaleza jurídica de la Unión –que no es objeto de este trabajo–, sí debe verse, no obstante,

<sup>838</sup> Véase la STJCE de 15 de julio de 1964, *Costa c. ENEL*, C-6/64, según la que “el Tratado de la Comunidad económica europea creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados”.

que el pacto inicial que instaura las Comunidades europeas –especialmente, el Tratado que establece la Comunidad económica europea (1957)<sup>839</sup>- lleva implícitas ciertas características particulares que conducen a una temprana constitucionalización de sus elementos, generando amplios efectos en relación con los ordenamientos estatales: si inicialmente estos efectos se circunscriben al ámbito material del Tratado, permitiendo la preservación de los Estados sociales a nivel nacional (apartado a), posteriormente esta influencia evoluciona dando lugar a mayores tensiones, por una interpretación extensiva de las disposiciones económicas que somete las regulaciones y actividades sociales estatales a su necesaria adaptación (apartado b).

### **i. La constitucionalización de un orden material limitado**

La construcción del orden jurídico comunitario se produce a través de una forma de Derecho internacional que evoluciona tempranamente, adoptando, por efecto de la jurisprudencia, una serie de principios particulares que rigen su interpretación y aplicación, así como sus relaciones con los ordenamientos de los Estados miembros. Este proceso de constitucionalización –que debe entenderse, como se verá, en un sentido limitado y sólo con una dimensión formal- viene determinado por los objetivos de integración económica del Tratado –que exigen una aplicación uniforme de sus disposiciones en todo el territorio- y se acepta por los Estados precisamente por el carácter limitado de su ámbito de aplicación: la interpretación de las disposiciones económicas, centrada en esta primera etapa en la abolición de los derechos de aduana y circunscrita a un ámbito muy concreto, permite conservar el ámbito de actuación de los Estados a nivel nacional, pudiendo éstos mantener sus actividades sociales, que no quedan cuestionadas por la aplicación del Derecho de la Comunidad.

El carácter reducido de los efectos iniciales del ordenamiento europeo deriva de su limitación material, que se refleja tanto en el sistema de atribución de competencias a la Comunidad como en la interpretación de las disposiciones económicas del Tratado. El artículo 2 del Tratado de Roma establecía amplios objetivos globales para la Comunidad –“promover en la Comunidad un desarrollo armonioso de las actividades económicas, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad aumentada, una elevación acelerada de las condiciones de vida y relaciones más estrechas entre sus Estados miembros”-, pero fijaba para ello técnicas muy concretas –“el establecimiento de un mercado común y la aproximación progresiva de las políticas económicas de los Estados miembros”-, que se limitaban a ciertas actividades específicas: se preveía únicamente la eliminación de aranceles y restricciones

---

<sup>839</sup> El Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (1951) y el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (1957) no se consideran en este trabajo, por su menor importancia a efectos de su objeto.

cuantitativas a la importación y exportación entre Estados miembros (art. 3a) –con el establecimiento de un arancel aduanero común y una política comercial común hacia terceros países (art. 3b)-, la abolición de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capital (art. 3c), el establecimiento de ciertas políticas comunes –la política agrícola (art. 3d), la política de transporte (art. 3e)-, y el aseguramiento de una competencia no falseada (art. 3f)<sup>840</sup>.

Si es cierto que el Tratado incluía también disposiciones sociales, y que el propio concepto de mercado común implicaba la realización de políticas comunes a nivel europeo<sup>841</sup>, las competencias que se atribuían a la Comunidad eran esencialmente económicas y funcionales a la realización del mercado, previéndose los elementos de política social únicamente como aspectos cuya armonización resultaba necesaria para el aseguramiento de una igual competencia entre empresas. Así se señalaba, de hecho, en el Informe Spaak, en el que se proponía la construcción de un mercado común, que debía comprender una unión aduanera y el establecimiento de un arancel exterior, pero que no implicaba la atribución de competencias en materia social a la Comunidad, recomendando únicamente la armonización de aquellas materias que, no resultando automáticamente unificadas, pudieran afectar a los costes productivos de las empresas y a su competitividad<sup>842</sup>.

El establecimiento de la Comunidad refleja, en estos términos, la opción inicial por una integración de carácter económico, como vía que, ante el fracaso de otras alternativas más ambiciosas, debía conducir a “una progresiva unión de los pueblos de Europa” extendiéndose posteriormente hacia otros ámbitos<sup>843</sup>. Si inicialmente se produjo una cierta discusión sobre la

---

<sup>840</sup> Estos preceptos constituían según se ha dicho los principios de la Constitución económica de la Comunidad, a través de la previsión de unos objetivos globales y de unos instrumentos (art. 2 TCEE) y de una serie de objetivos inmediatos que debían realizarse (art. 3 TCEE), a lo que seguían los objetivos sectoriales establecidos en cada parte del Tratado. Véase CONSTANTINESCO, Léontin-Jean; “La constitution économique de la C.E.E.”, *Revue trimestrielle de Droit européen*, 1977, p. 252 y ss.

<sup>841</sup> El concepto de mercado común va más allá de la unión aduanera, puesto que implica un objetivo de creación de un territorio dentro del cual la producción y los intercambios económicos se puedan desenvolver libremente, comprendiendo la libre circulación de todos los factores de producción, e incluyendo asimismo las políticas comunes necesarias para ello y la armonización de legislaciones que prevé el Tratado. Véase PESCATORE, Pierre; “La notion du marché commun dans les traités instituant l’Union économique belgo-luxembourgeoise, le Benelux et les Communautés européennes”, en *Hommage à Victor Gontho*, Faculté de Droit de Liège, 1962, p. 498 y ss. LENAERTS, Koen; VAN NUFFEL, Piet; *Constitutional law of the European Union*, Thomson, Sweet&Maxwell, London, 2005 (2ª ed.), p. 141 y ss.

<sup>842</sup> En concreto, se recomendaba la armonización en materia de igualdad de salarios masculinos y femeninos, en relación a la duración semanal del trabajo y de las horas extraordinarias, y en relación con la duración de las vacaciones pagadas. Véase *Rapport des Chefs de Délégation aux Ministres des Affaires Étrangères*, Bruxelles, 21 abril 1956, p. 66.

<sup>843</sup> El método funcional de integración implicaba considerar la integración política como una variable dependiente de la integración económica, que se realizaría, como ya preveía la Declaración Schuman (1950), “a través de realizaciones concretas, creando primero una solidaridad de hecho”. Véase sobre ello HAAS, Ernst B.;

conveniencia de incluir una mención más amplia de los elementos sociales, requiriendo su armonización previa<sup>844</sup>, la solución adoptada finalmente quedó circunscrita al ámbito de la integración económica, considerando que sería el propio desarrollo del mercado común, con la libre circulación de los factores de producción y la ubicación de las industrias allí donde pudieran rentabilizarlos mejor –así como la movilidad de los trabajadores–, lo que conduciría a una progresiva armonización y nivelación al alza de los salarios y prestaciones sociales, generando mejores condiciones de vida para el conjunto de la población<sup>845</sup>.

La configuración inicial de la Comunidad por el Tratado de Roma incluía, por ello, escasas disposiciones sociales, y a pesar de la previsión de un Título III sobre “Política Social”, su contenido se orientaba a la construcción del mercado más que a su propia corrección o limitación. Más allá de ciertos preceptos de escasos efectos, como la declaración del acuerdo de los Estados sobre “la necesidad de mejora de las condiciones de vida y de trabajo” (art. 117), o el objetivo de la Comisión de “promover la colaboración entre los Estados miembros” en ciertas materias laborales y de protección social (art. 118), el Tratado establecía únicamente dos disposiciones con un efecto corrector del mercado, que actuaban no obstante al mismo tiempo con una función económica: el principio de “igual remuneración por igual trabajo entre trabajadores masculinos y femeninos” (art. 119) se complementaba con la obligación de los Estados de mantener “la equivalencia existente entre los regímenes de vacaciones pagadas” (art. 120), evitando así una competición reguladora a la baja que pudiera perjudicar a los trabajadores.

La construcción de la Comunidad económica europea implicaba, sobre estas premisas, su consideración como organización materialmente limitada, que se orientaba a la consecución de determinados objetivos económicos de liberalización, pero que admitía al mismo tiempo a

---

*The Uniting of Europe*, Stevens&Sons, London, 1958, p. 16, 291. CLOSA MONTERO, Carlos; “E pur si muove: Teorías sobre la integración europea”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 85, 1994, p. 342.

<sup>844</sup> El Ministro de Asuntos Exteriores francés Guy Mollet defendió en las negociaciones iniciales la armonización de las legislaciones sociales y fiscales como condición previa a la integración de los mercados. La visión contraria fue defendida y recogida por el Informe Ohlin (1956) donde un grupo de expertos economistas recomendó a los Estados la opción contraria, considerando que la igualación de las políticas sociales no era necesaria, puesto que la liberalización de los intercambios produciría un aumento de la productividad que revertiría automáticamente en una elevación progresiva del nivel de vida. Esta última fue la visión recogida en el Informe Spaak (1956), y establecida finalmente en el Tratado de la CEE (1957). Véase International Labour Office; “Social Aspects of European Economic Cooperation”, en *International Law Review*, vol. 74, 1956, p. 99 y ss (Informe Ohlin).

<sup>845</sup> Así se desprende del *Rapport des Chefs de Délégation aux Ministres des Affaires Étrangères*, Bruxelles, 21 abril 1956 (Informe Spaak), p. 43. En el mismo sentido, destacando la función de la libre circulación en la obtención de un alto nivel de empleo y eliminación del desempleo, RIBAS, Jacques-Jean; *La politique sociale des Communautés européennes*, Dalloz et Sirey, Paris, 1969, p. 7.

nivel estatal la intervención del poder público para la realización de objetivos sociales<sup>846</sup>. La interpretación de las libertades de circulación, junto con el carácter restringido del ámbito del Derecho comunitario –centrado especialmente, en esta etapa, en la supresión de las barreras físicas arancelarias-, hacían que su aplicación resultara limitada a las actuaciones económicas de los Estados, quedando la actividad nacional de carácter social ampliamente excluida de su alcance. El mercado era considerado, por los fundadores de la Comunidad europea, como verdadero instrumento para la producción de recursos y la redistribución e igualación social: éste operaba en relación con una finalidad más allá de la integración económica, concebido como proceso funcional a los objetivos sociales, y dirigido a la mejora general de los niveles de vida, permitiendo al mismo tiempo las actuaciones estatales de procura existencial<sup>847</sup>.

Esta configuración del Tratado conduciría a una progresiva constitucionalización de sus elementos, movida por el principio de unidad de mercado y por la necesidad de asegurar, en un marco de libre circulación y de integración económica entre los Estados, una aplicación e interpretación uniforme de la normativa a lo largo de su territorio<sup>848</sup>. La construcción por el Tribunal de Justicia de los principios constitucionales básicos de la Comunidad, que rigen la aplicación del Derecho comunitario y sus relaciones con los ordenamientos internos, se realiza estrictamente ligada a las exigencias de funcionamiento del mercado común, y a la necesidad de afianzar el Derecho de una Comunidad joven ante unos Estados miembros a menudo reticentes a la aceptación de su normativa. Ello no implica, evidentemente, que el Tratado pueda considerarse propiamente una Constitución, ni que la Comunidad se dote de un Derecho constitucional en el sentido clásico del término, pero sí supone reconocer que la Comunidad –y posteriormente la Unión Europea- operan con unos principios jurídicos

---

<sup>846</sup> Esta configuración, no exclusiva de la Comunidad Europea sino existente también en otras organizaciones internacionales, se ha denominado “liberalismo limitado” (*embedded liberalism*), en la medida en que implica el compromiso por un orden multilateral de libre comercio, pero admitiendo las excepciones nacionales para la realización de objetivos sociales considerados legítimos. Véase RUGGIE, John Gerard; “International Regimes, Transactions and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order”, en *International Organization*, vol. 36, núm. 2, 1982, p. 393.

<sup>847</sup> Así lo expone GIUBBONI, Stefano; *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution: A Labour Law Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 20. En la misma línea, JOERGES, Christian; RÖDL, Florian; “‘Social Market Economy’ as Europe’s Social Model?”, *EUI Working Paper Law* 2004/8, p. 6.

<sup>848</sup> En este sentido, PRECHAL, Sacha; “Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union”, en BARNARD, Catherine (ed.); *The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, OUP, Oxford, New York, 2007, p. 40, para quien la construcción del Tribunal de Justicia sobre la naturaleza especial y la autonomía del orden jurídico comunitario tiene su principio director en el funcionamiento del mercado común, orientada por consideraciones pragmáticas sobre las exigencias que entraña su operatividad.

propios, distintos del Derecho internacional público, determinando el funcionamiento de sus instituciones y la relación con los sistemas jurídicos estatales<sup>849</sup>.

A pesar de que el término “constitucionalización” puede inducir a errores, evocando una concepción del ordenamiento comunitario como sistema completo que se superponga de forma jerárquica a los ordenamientos nacionales<sup>850</sup>, este término debe entenderse en un sentido más estricto, indicando simplemente la articulación de una serie de principios que unifican la aplicación e interpretación del Derecho comunitario, escapando al esquema clásico del Derecho internacional y situando al ordenamiento europeo en la órbita distinta de la “supranacionalidad”<sup>851</sup>. Más allá del debate sobre la posible existencia de una Constitución europea, por tanto, y al margen de su eventual establecimiento o identificación con el Tratado<sup>852</sup>, parece posible hacer referencia a una constitucionalización del Derecho de la Unión, desde el momento en que éste se dota de principios estructurales que lo alejan del funcionamiento tradicional de las organizaciones internacionales<sup>853</sup>.

<sup>849</sup> En este sentido, DE WITTE, Bruno; “Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order”, en CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Grainne (eds.); *The Evolution of EU Law*, OUP, Oxford, 2011, p. 326 y ss. El propio Tribunal de Justicia ha considerado el Tratado como “la Carta constitucional fundamental” de una “comunidad de Derecho” (STJCE de 23 de abril de 1986, *Les Verts*, C-294/83, párrafo 23).

<sup>850</sup> Las dificultades del discurso constitucional en la Unión Europea se han planteado a partir de la atribución de una dimensión política a la Unión con el Tratado de Maastricht (1992), y especialmente a partir del proceso de elaboración del Tratado constitucional (2004), que no fue finalmente ratificado. Sin entrar en profundidad en este debate, que no es el objeto del trabajo, pueden apuntarse diversas dificultades identificadas por la doctrina: por un lado, se plantea la duda acerca de la posibilidad de dotar a la Unión de una auténtica Constitución, con los elementos que tradicionalmente han conformado este concepto (especialmente, un *demos* que actúe como poder constituyente); por otro lado, se alega que el concepto de Constitución no puede ser apropiado por el Estado, y que debe ser posible hablar de Constitución más allá del Estado-nación, transformándose los caracteres clásicos de esta norma, que pueden ser distintos en una entidad política diferente. Ello lleva a cuestionar la propia validez superior del constitucionalismo estatal frente al constitucionalismo europeo, y a destacar los problemas que en sí mismo presenta el constitucionalismo estatal, que han sido largamente ignorados y que no difieren tanto del constitucionalismo europeo. Véase sobre estas cuestiones WEILER, Joseph; “In Defence of the *status quo*: Europe’s Constitutional *Sonderweg*”, y POIARES MADURO, Miguel; “Europe and the Constitution: What if this is as Good as it Gets?”, en WEILER, Joseph; WIND, Marlene (eds.); *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, New York, 2003, p. 7 y ss.

<sup>851</sup> En este sentido, PESCATORE, Pierre; *Le droit de l’intégration*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 49 y ss, quien concibe la supranacionalidad como algo distinto del Derecho internacional, que pone en cuestión la soberanía del Estado, y que da lugar a la creación de un sistema de relaciones de competencia y de poder, estableciéndose unos valores comunes, y unos poderes efectivos y autónomos, al servicio de la finalidad común definida.

<sup>852</sup> Algunos sectores han argumentado que existe ya en la actualidad una Constitución de la Unión Europea, que se expresa en forma de Constitución compuesta o multi-nivel (PERNICE), o que se inserta en un orden jurídico pluralista (WALKER, KRISCH), en el que no existe una jerarquía entre ordenamiento comunitario y sistemas estatales. En esta perspectiva, el pluralismo jurídico plantea una solución heterárquica a la articulación entre ordenamientos, que no necesariamente pasa por la superioridad de uno de ellos, sino que busca una armonización natural de los conflictos en un sistema con distintas fuentes de autoridad. Véase la bibliografía citada *infra* en la nota 897.

<sup>853</sup> Este parece ser el sentido que se adopta por varios autores, al identificar un proceso de constitucionalización de la Unión Europea que se produce por el establecimiento de una serie de principios (efecto directo, supremacía, poderes implícitos y protección de derechos humanos) desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y que se acompañan al mismo tiempo de cambios institucionales, dando lugar a una mayor

Esta constitucionalización de la Comunidad se produce, no obstante, por el efecto conductor del mercado común, y las exigencias que conlleva en cuanto a la interpretación y aplicación uniforme del Derecho. Los principios constitucionales de la Unión aparecen desarrollados como función de la integración económica, adoptándose una lógica constitucional sin discutir los valores que la fundamentan, y omitiendo a nivel europeo un correspondiente debate constitutivo<sup>854</sup>. El proceso que sufre el ordenamiento comunitario es, en este sentido, el de una constitucionalización únicamente formal: el Derecho europeo adquiere ciertos rasgos jurídicos de primacía y efecto directo, que lo dotan de una especial superioridad y resistencia, pero no adopta los caracteres de una constitución material, en cuanto su propia afirmación, procedente de la vía jurisprudencial, no tiene capacidad de ofrecer mecanismos para el debate y la formulación de los valores y elementos materiales que generen el acuerdo y aceptación de la población.

Este proceso de constitucionalización conduce, al mismo tiempo, a un extraordinario fortalecimiento de los elementos de realización del mercado, dirigido por el desarrollo jurisprudencial de los principios constitucionales de la Unión a través de los litigios individuales<sup>855</sup>. La constitucionalización formal de la Comunidad, basada en la especial naturaleza del orden jurídico que establecen los Tratados –sin atender al contenido material de sus normas–, se produce de forma necesaria para su asentamiento estable, pero conduce a una situación en que la legitimidad y autoridad de la Comunidad se identificarán con la propia operatividad de los elementos del mercado, que son los únicos contemplados inicialmente. La construcción de los diversos principios constitucionales de la Unión sirve, al menos en esta etapa, a objetivos esencialmente económicos: así se refleja en la jurisprudencia relativa al efecto directo y primacía del Derecho comunitario, así como en la protección de derechos

---

supranacionalización de la toma de decisiones. Véase, en este sentido, WEILER, Joseph; “The Transformation of Europe”, en *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999, p. 19 y ss. LENAERTS, Koen; “La constitutionnalisation de l’ordre juridique de l’Union européenne”, en *En hommage à Francis Delperée. Itinéraires d’un constitutionnaliste*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 818 y ss. LENAERTS, Koen; “The Basic Constitutional Charter of a Community Based on the Rule of Law”, en POIARES MADURO, Miguel; AZOULAI, Loïc (eds.); *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford and Oregon, 2010, p. 295 y ss.

<sup>854</sup> Así lo indica POIARES MADURO, Miguel; “Europe and the Constitution: What if this is as Good as it Gets?”, *op. cit.*, 2003, p. 77, considerando que “la constitucionalización de los Tratados creó un cuerpo constitucional sin discutir su alma”, lo que pone en cuestión la legitimidad del proceso constitucional europeo, destacando su déficit democrático.

<sup>855</sup> Se ha criticado la excesiva dependencia de este proceso respecto a los litigios planteados, que suponen habitualmente la invocación del Derecho comunitario por actores económicos cuestionando las regulaciones o medidas estatales. Véase POIARES MADURO, Miguel; *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart Publishing, Oxford, 1998, p. 30.

fundamentales, que se justifican por la necesidad de una interpretación autónoma y uniforme de las reglas del mercado, capaz de garantizar unas mismas condiciones de actuación a todos los particulares, y de sustraer a los Estados una interpretación libre de sus normas que pudiera poner en peligro la realización de los objetivos del Tratado<sup>856</sup>.

## ii. La expansión material de un orden constitucionalizado

La constitucionalización del ordenamiento europeo adquiere posteriormente un efecto de más amplio alcance, en el momento en que se adopta una interpretación de las disposiciones económicas que amplía su ámbito de aplicación, infiltrándose en ámbitos pertenecientes a la actividad social del Estado. Ello se produce con la adopción, a partir del Acta Única Europea (1986), de una nueva aproximación al mercado interior, junto con la interpretación extensiva de los elementos económicos por el Tribunal de Justicia, que conduce a la expansión de las posibilidades de aplicación de las libertades de circulación y las normas de la competencia, manteniendo éstas al mismo tiempo una fuerza jurídica reforzada. Si ello da lugar, a partir de los años noventa, a un cierto intento de limitación de esta influencia por diversas vías –véase *infra* Sección I.B-, el Derecho de la Unión adquiere en esta etapa una notable expansión, no por la adquisición de nuevas competencias, sino por la ampliación de las actividades a las que se considera aplicable.

La extensión del ámbito de aplicación del Derecho comunitario se produce especialmente a partir de la adopción del Acta Única Europea (1986), que se sitúa en la línea de impulso al mercado interior abierta por el Libro blanco de 1985, como compromiso que debía permitir superar el estancamiento de la construcción comunitaria, a través de la potenciación de la integración económica<sup>857</sup>. Según ello, la acción comunitaria debía centrarse, prioritariamente, en la eliminación de barreras técnicas y fiscales a la libre circulación –más allá, por tanto, de las barreras físicas en el puesto fronterizo-, a través del principio de reconocimiento mutuo de

---

<sup>856</sup> Véanse las conocidas SSTJCE de 3 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos* (C-26/62), y de 15 de julio de 1964 *Costa c. ENEL*, (C-6/64), que establecen respectivamente el principio de efecto directo y el principio de primacía. Asimismo, la STJCE de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft* (C-11/70), donde el Tribunal asume la protección de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario que vinculan a las instituciones europeas. Véase DE WITTE, Bruno; “Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order” *cit.*, 2011, p. 327. PESCATORE, Pierre; “The Doctrine of ‘Direct Effect’: An Infant Disease of Community Law”, en *European Law Review*, 1983, p. 155.

<sup>857</sup> La aproximación de la Comisión al mercado común a través de la armonización de ciertas materias se reveló de difícil desarrollo en el marco institucional existente y generó la desafección de los empresarios, que perdieron el interés en la integración económica. Véase STREECK, Wolfgang; “From Market Making to State Building? Reflections on the Political Economy of European Social Policy”, en LEIBFRIED, Stephan; PIERSON, Paul (dirs.); *European Social Policy: Between Integration and Fragmentation*, Washington DC, Brookings institution, 1995, p. 392 y ss.

regulaciones y abandonándose la armonización como método normativo general<sup>858</sup>. La flexibilización del procedimiento legislativo, con la aceptación del voto por mayoría cualificada en las materias relativas al mercado interior (art. 95 TCEE), implicaba asimismo ubicar el acento sobre la profundización del mercado interior, definido como “una área sin fronteras internas donde la libre circulación de bienes, personas, servicios y capital sea asegurada de acuerdo con las disposiciones del Tratado” (art. 14 TCEE)<sup>859</sup>.

Ello se situaba en una línea ya abierta paralelamente por el Tribunal de Justicia, que permitía una aplicación más intensa de los principios del mercado, extendiendo su ámbito de actuación *ratione materiae* y *ratione personae*. Como se verá posteriormente<sup>860</sup>, el Tribunal expande notablemente el ámbito de aplicación de las libertades de circulación, en un proceso iniciado con la libre circulación de bienes y adoptado luego en los demás ámbitos – trabajadores, servicios y establecimiento–, en los que se opta por una interpretación amplia de lo que constituyen “restricciones”<sup>861</sup> y de los sujetos que pueden ser destinatarios de las mismas<sup>862</sup>. Un proceso similar ocurre en relación con las normas de la competencia, cuyo ámbito de aplicación objetivo y subjetivo se extiende también a raíz de la jurisprudencia: la amplia interpretación del concepto de abuso de posición dominante, junto con la extensión de su aplicabilidad a sujetos de carácter público –no sólo empresas privadas– conduce a la ubicación de gran parte de las actuaciones estatales bajo el control del Tribunal, quedando sometidas a un control de necesidad y proporcionalidad en relación con sus objetivos<sup>863</sup>.

---

<sup>858</sup> Véase el Libro blanco de la Comisión “Completing the Internal Market”, COM (85) 310, p. 17 y ss. El principio de reconocimiento mutuo ya había sido establecido previamente por el Tribunal de Justicia en la STJCE de 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon* (C-120/78).

<sup>859</sup> Existen distintas teorías sobre los factores que condujeron al relanzamiento de la integración europea en esta línea. Junto a la tesis de una alianza de élites entre las instancias comunitarias y los grupos de interés empresariales pro-europeos, se afirma también una explicación basada en los intereses liberalizadores convergentes de los distintos Estados, a partir de la elección del Partido Conservador británico en 1979 y la derrota del Partido Socialista francés en 1983. Véase MORAVCSIK, Andrew; “Negotiating the Single European Act: National Interests and Conventional Statecraft in the European Community”, en *International Organization*, vol. 45, núm. 1, 1991, p. 21 y ss.

<sup>860</sup> Véase *infra* Sección I.C.

<sup>861</sup> Ello se inicia, como es sabido, con la STJCE de 11 de Julio de 1974, *Dassonville* (C-8/74) en materia de mercancías, y se extiende en el ámbito de los servicios a partir de la STJCE de 25 de julio de 1991, *Säger* (C-76/90); en el ámbito de los trabajadores a partir de la STJCE de 15 de diciembre de 1995, *Bosman* (C-415/93); y en el ámbito del derecho de establecimiento a partir de la STJCE de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard* (C-55/94).

<sup>862</sup> Las libertades de circulación, dirigidas inicialmente a los poderes públicos, se aplican también a sujetos privados o de carácter intermedio (sindicatos y corporaciones). Véase *infra* Sección I.C..

<sup>863</sup> Esta interpretación de los artículos 86 y 90 TCEE, apartándose de la jurisprudencia anterior, se produce a partir de cuatro sentencias del Tribunal de Justicia que se dictan en un corto interval. Se trata de las SSTJCE de 23 de Abril de 1991, *Höfner y Elser c. Macrotron GmbH* (C-41/90); de 18 de Junio de 1991, *ERT* (C-260/89); de

El Derecho comunitario sufre, así, una gran expansión de la aplicación de sus elementos, adquiriendo, sin haberse dotado de nuevas competencias, efectos jurídicos en nuevos espacios –tradicionalmente nacionales–, que se subordinan a las exigencias del mercado interior diseñado. Esta disociación entre el ámbito de competencias de la Comunidad y el ámbito de aplicación del Tratado –que puede ser mucho más amplio, en aras a garantizar su efectividad– se produce en base a la obligación de los Estados de no obstaculizar el cumplimiento de los objetivos de la Comunidad, representado en el principio de cooperación leal (art. 5 TCEE, art. 4.3 TUE), y situando a las actuaciones estatales como excepciones a las disposiciones económicas: éstas pueden justificarse en atención a ciertos motivos establecidos por el Tratado y desarrollados por el Tribunal, valorándose su necesidad y proporcionalidad en relación con la limitación que producen en los elementos económicos, pero su espacio queda reducido cuando se produce una interpretación extensiva del contenido y ámbito personal de las normas del Tratado, existiendo posibilidades muy limitadas de exceptuación con éxito por los Estados<sup>864</sup>.

La construcción, por tanto, de un orden supranacional con amplios efectos sobre los ordenamientos estatales deriva de un proceso complejo, en el que la configuración inicial del Tratado y la voluntad de los Estados se mezclan con la interpretación del Tribunal y la actuación de las instituciones comunitarias. Al proceso de constitucionalización formal del Tratado, guiado firmemente por el Tribunal de Justicia y las instituciones europeas sobre un ámbito material todavía limitado<sup>865</sup>, se añade posteriormente la ampliación del ámbito de aplicación de las disposiciones económicas, generando un efecto de captura y control de las actuaciones estatales que va mucho más allá de la idea inicial contenida en el Tratado. Todo ello se funda en la construcción de una integración europea que debe producirse a través de la creación de un espacio económico único: el objetivo del mercado común y el mercado interior, como esencia de la integración europea, se instituye en finalidad última orientadora del ordenamiento, adquiriendo una importancia que lo preordena jerárquicamente a otros objetivos.

---

10 de Diciembre de 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli* (C-179/90); y de 13 de Diciembre de 1991, *Régie des Télégraphes c. GB-Inno* (C-18/88).

<sup>864</sup> En este sentido, en relación con las libertades de circulación, BARNARD, Catherine; *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, OUP, Oxford, 2010 (3ª ed.), p. 480.

<sup>865</sup> Véase STEIN, Eric; “Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution”, en *The American Journal of International Law*, vol. 71, núm. 1, 1981, p. 26, quien describe cómo la construcción jurisprudencial de los principios constitucionales no se produce en el vacío, sino siguiendo la firma guía de la Comisión europea.

## **B. Los intentos de modulación de la influencia del ordenamiento europeo (1992-2012)**

La importante expansión de los efectos del ordenamiento comunitario y su orientación material a un objetivo concreto dan lugar, a partir de la década de los noventa, a una nueva aproximación que intenta dotar a la Unión de objetivos y elementos orientadores distintos, matizando su componente económico a través del desarrollo de otros aspectos de la integración europea. Las sucesivas revisiones de los Tratados incorporan nuevas disposiciones sobre fines, competencias y principios o derechos relativos a materia social, introduciendo elementos que pretenden reorientar el Derecho de la Unión y limitar el efecto de las disposiciones económicas. Ello se produce, no obstante, a través de formas que generan efectos divergentes, y que se introducen en distintas etapas de la integración, dando lugar a una influencia variante: si en una primera etapa se establecen políticas relativas al ámbito social y de empleo en forma de atribución de competencias y bases jurídicas (apartado a), en una segunda etapa se introducen derechos y principios sociales con una dimensión objetiva (apartado b), así como el principio del respeto a la “identidad constitucional de los Estados miembros”, que conlleva un cierto replanteamiento de los principios constitucionales de la Unión (apartado c).

### **i. El establecimiento de políticas y bases jurídicas sociales en el Tratado**

Una primera vía por la que se intenta matizar la influencia del Derecho de la Unión sobre los sistemas estatales en materia económica viene constituida por el establecimiento a nivel europeo de políticas comunes en materias sociales –empleo, política social, educación y formación, entre otras-, dotando así a la Unión de un mayor componente social, que se añade a los aspectos de la integración económica. No obstante, si la construcción del mercado único es producto de un acuerdo que permite establecer ciertos elementos directamente vinculantes en el propio Tratado, en materia social estas políticas se establecen únicamente como competencias de la Unión o la Comunidad, atribuyéndoles además reducidas posibilidades de intervención –únicamente de apoyo y complemento a la actividad de los Estados-. La forma escogida para estos preceptos, como bases jurídicas y competencias de las instituciones, supone atribuirles un estatuto constitucional distinto, que cede ante las disposiciones económicas: ello revierte en la creación de una vía de coordinación de las políticas sociales de los Estados a través de formas de *soft law*, que incide en las prácticas estatales, reorientándolas como elementos funcionales al mercado.

La atribución de competencias a la Comunidad en materia social se produce a través de las reformas de Maastricht (1992) y Ámsterdam (1997), que incluyen especialmente un Título relativo al Empleo y un Título de Política Social. El Tratado de Maastricht establece, en el campo de la política social, una competencia de apoyo y complemento a las actividades de los Estados en ciertos ámbitos concretos relativos a los trabajadores –ambiente de trabajo, salud y seguridad, condiciones de trabajo, e información y consulta a los trabajadores-, así como en la integración de personas excluidas del mercado de trabajo y en la igualdad de género en relación con el trabajo (art. 137.1 TCE). Ello habilita al Consejo, por mayoría cualificada y tras el procedimiento correspondiente, a adoptar Directivas que establezcan requisitos mínimos para su aplicación gradual en estas materias, así como medidas para fomentar la cooperación entre los Estados (art. 137.2 TCE). Esta competencia se reduce, no obstante, a los aspectos necesarios para la construcción del mercado: los elementos relativos propiamente a la protección social siguen sujetándose al voto por unanimidad (art. 137.3 TCE)<sup>866</sup>, y las materias más sensibles –remuneraciones, derecho de asociación, derecho de huelga y derecho de cierre patronal- quedan directamente excluidas del ámbito de actuación posible de la Comunidad (art. 137.6 TCE).

La misma línea siguen, en el Tratado de Ámsterdam, las reformas introducidas en materia social, que no suponen la previsión de elementos materiales directamente vinculantes sino el establecimiento de nuevas competencias y la previsión, por primera vez, de métodos de orientación blandos. Si por un lado la inclusión de una nueva base jurídica en materia de no discriminación habilita al Consejo a adoptar, por unanimidad, la acción apropiada para combatir la discriminación basada “en el sexo, el origen racial y étnico, la religión o creencias, la discapacidad, la edad y la orientación sexual” (art. 13 TCE); por otro lado el nuevo Título VIII sobre Empleo consagra el compromiso de los Estados miembros y la Comunidad de esforzarse hacia el desarrollo de “una estrategia coordinada para el empleo” (art. 125 TCE), sin establecer una vía de armonización dura de las legislaciones nacionales, sino optando por el método de una coordinación blanda dentro de los objetivos económicos del Tratado. Así se refleja, de hecho, en las disposiciones subsiguientes del mismo Título, que

---

<sup>866</sup> Se trata, en concreto, de la seguridad social y protección social de los trabajadores, la protección de los trabajadores en caso de terminación del contrato de trabajo, la representación y defensa colectiva de los intereses de trabajadores y empresarios, incluyendo la cogestión, las condiciones de empleo de nacionales de terceros países residentes en la Comunidad, y las contribuciones financieras para la promoción del empleo y la creación de trabajos, sin perjuicio de las disposiciones relativas al Fondo Social (art. 137.3 TCE). En estas materias el Consejo puede actuar sólo por unanimidad sobre una propuesta de la Comisión, tras consultar el Parlamento europeo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones.

detallan el modelo de coordinación de la “Estrategia Europea para el Empleo”<sup>867</sup>, basada en las directrices del Consejo en materia de empleo pero necesariamente compatibles con las orientaciones generales de las políticas económicas (art. 126 TCE)<sup>868</sup>.

La potenciación de este “método abierto de coordinación” se refleja posteriormente en el Tratado de Niza (2001), que lo establece como vía principal de actuación de la Comunidad en relación con la política social (art. 137.2.a TCE), quedando la aprobación de Directivas de armonización mínima prevista sólo como método secundario en este ámbito (art. 137.2.b TCE). Ello presagia la extensión de esta vía normativa a otras materias –pensiones, salud, inclusión social, educación<sup>869</sup> - en una opción de la Comunidad por la coordinación blanda de los sistemas nacionales, ante la ausencia de competencias plenas en estas materias y la dificultad de armonizar unos sistemas sociales ampliamente divergentes<sup>870</sup>.

Las competencias de la Unión en materia social se mantienen en los mismos términos en el Tratado de Lisboa, a pesar de que se definen como competencias compartidas (art. 4.b TFUE). El Título de Política Social no añade novedades sustanciales, salvo en lo que se refiere a la potenciación del rol de los agentes sociales (art. 152 TFUE)<sup>871</sup>, y al establecimiento de una pasarela al procedimiento legislativo ordinario en algunas materias

<sup>867</sup> La Estrategia Europea para el Empleo se lanza a partir del Consejo Europeo de Luxemburgo (1997), ya anteriormente a la aprobación del Tratado de Ámsterdam, y constituye el primer ejemplo desarrollado de aplicación del “método abierto de coordinación”. Véanse las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo extraordinario sobre empleo celebrado en Luxemburgo, el 20 y 21 de Noviembre de 1997.

<sup>868</sup> Como se sabe, las “orientaciones generales de las políticas económicas” resultan de la obligación de coordinar las políticas económicas nacionales que se establece a partir del Tratado de Maastricht en el artículo 99 TCE (actualmente, art. 121 TFUE). Según este precepto, el Consejo elabora, sobre la base de una recomendación de la Comisión y tras las conclusiones del Consejo Europeo, unas orientaciones generales sobre política económica, a las que los Estados miembros deberán dirigir sus políticas, siendo supervisados a tal efecto por la Comisión (art. 99.3 TCE, art. 121 TFUE). Ello se inscribe en las exigencias de la Unión Económica y Monetaria para asegurar la estabilidad económica y la convergencia, asegurando una dirección unitaria a las diversas políticas económicas de los Estados. Desde 2008, estas orientaciones generales económicas se emiten no obstante de forma conjunta con las orientaciones relativas al empleo, en las denominadas directrices integradas (Decisión del Consejo 2008/618).

<sup>869</sup> Véase la nota de la Presidencia portuguesa de la Unión Europea, de 13 de junio de 2000, “The On-going Experience of the Open Method of coordination”, p. 155 y ss, donde se detalla la experiencia de este método en varios ámbitos de política, como la sociedad de la información, la política de empresas, la reforma económica, la política educativa, la política de investigación, y la inclusión social.

<sup>870</sup> En este sentido, TRUBEK, David M.; TRUBEK, Louise G.; “Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination”, en *European Law Journal*, vol. 11, núm. 3, 2005, p. 344, quienes destacan la posibilidad de hallar métodos intermedios entre la normatividad blanda y la normatividad dura. En contra de la utilización de este método, destacando sus efectos negativos para la legitimidad y eficacia de la Unión, véase HATZOPOULOS, Vassilis; “Why the Open Method of Coordination is Bad For You: A Letter to the EU”, en *European Law Journal*, vol. 13, núm. 3, 2007, p. 309 y ss.

<sup>871</sup> Se establece, en concreto, el reconocimiento y promoción del papel de los interlocutores sociales en el ámbito de la Unión, y la facilitación del diálogo entre ellos, dentro del respeto de su autonomía (art. 152.1 TFUE). Se hace referencia asimismo a la cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo, que contribuirá al diálogo social (art. 152.2 TFUE).

sociales, con el consiguiente voto por mayoría cualificada (art. 153.2 TFUE último párrafo)<sup>872</sup>. La actuación de dirección y guía de la Unión en materia social y de empleo, a través del método de coordinación, se mantiene en el nuevo Tratado (arts. 148 y 153.2.a TFUE), destacándose además la utilización obligada de este método en materia de política económica y de políticas de empleo (arts. 5.1 y 5.2 TFUE) y la posibilidad de aplicarlo en el ámbito de la política social (art. 5.3 TFUE).

La introducción de disposiciones sobre competencias y bases jurídicas para la actuación de la Comunidad y de la Unión constituye, por tanto, un cierto intento de dotar al ordenamiento supranacional de objetivos y orientaciones sociales, atribuyendo a las instituciones competencias de apoyo y complemento a los Estados en materia de empleo y política social. La naturaleza de estas disposiciones, sin embargo, que se establecen como bases jurídicas sin un contenido objetivo que normativamente se imponga a los órganos de la Unión –y privadas, por tanto, de efecto directo-, las dota de un efecto muy limitado, no pudiendo actuar como límite a la interpretación expansiva de las libertades de circulación ni matizar la orientación económica de la Unión.

## **ii. La incorporación de elementos sociales orientadores en el Tratado**

De forma similar a las competencias sociales, la introducción de elementos sociales de carácter objetivo al Derecho primario se produce inicialmente a través de la revisión de los Tratados en Maastricht (1992). La formación de la Unión con un nuevo componente político, que incluye otros espacios comunes distintos al mercado, conduce al mismo tiempo a la introducción de nuevos aspectos sociales, ya sea en forma de objetivos, de derechos o de principios objetivos. Ello se produce no obstante, durante un largo período, con un estatuto distinto al de los elementos económicos, que reduce la capacidad limitadora de los elementos sociales, y que sólo recientemente, a través de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, puede generar un cierto efecto de modulación en la influencia económica del Derecho europeo.

La introducción de elementos sociales orientadores de la actuación de la Unión tiene como antecedente la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de los Trabajadores (1989), que supone por primera vez el establecimiento de estándares mínimos en forma de

---

<sup>872</sup> La pasarela se admite en los ámbitos de protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral, la representación y defensa colectiva de los trabajadores y empresarios, y las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en la Unión, donde el Consejo podrá, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento europeo, decidir que el procedimiento legislativo ordinarios sea aplicable (art. 153.2 TFUE).

derechos, si bien no adquiriría carácter vinculante<sup>873</sup>. Aunque posteriormente el Tratado mencionaría los derechos de esta Carta, tomándola el Tribunal de Justicia como fuente de inspiración interpretativa y dando lugar a un importante paquete de desarrollo legislativo<sup>874</sup>, el efecto orientador de sus disposiciones queda notablemente modulado ante la ausencia de valor vinculante, que impide un control jurisdiccional basado únicamente en sus preceptos.

El Tratado de Maastricht (1992) y la subsiguiente reforma de Ámsterdam (1997) introducen nuevas disposiciones orientadoras en materia social, además de los preceptos sobre competencias y bases jurídicas que ya se han visto. Los objetivos generales de la Comunidad y de la Unión pasan a incluir, tras las citadas reformas, “la promoción del progreso económico y social y de un alto nivel de empleo, y la consecución de un desarrollo equilibrado y sostenible” (art. 2 TUE), así como “un alto nivel (...) de protección social, la igualdad entre hombres y mujeres, (...) un alto nivel de protección y mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel de vida y calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre Estados miembros” (art. 2 TCE). Se modifican también los instrumentos por los que deben realizarse, que incluyen, además del mercado interior y la aproximación de legislaciones, otros mecanismos como “la creación de una área sin fronteras internas, el fortalecimiento de la cohesión económica y social, y el establecimiento de una unión económica y monetaria” (art. 2 TUE), y “la realización de las políticas o acciones comunes contempladas (...)” (art. 2 TCE). A ello se añaden, en los Títulos relativos al empleo (Título XI TCE) y a la política social (Título VIII TCE), una serie de objetivos generales de escaso

---

<sup>873</sup> La Carta resultó de la presión de la Comisión europea, quien apostó, ante la propuesta del Comité Económico y Social de adoptar una Directiva marco que estableciera estándares mínimos laborales, por la adopción de una nueva Carta basada en derechos. Su contenido quedaría no obstante notablemente diluido en su redacción final, ante las reticencias de los Estados, que intentan resistirse a la ampliación de competencias de la Comunidad en materia social, pero emplean al mismo tiempo el lenguaje de los derechos para establecer estándares mínimos en el lugar de trabajo. Quedaron diluidas, así, las referencias a los desocupados y a la exclusión social, eliminándose el derecho a una salud pública y el derecho a la educación, y quedando los titulares circunscritos a los trabajadores, y no a todas las personas como se había propuesto inicialmente. Véase KENNER, Jeff; “Economic and Social Rights in the European Legal Order: The Mirage of Indivisibility”, en HERVEY K., Tamara; KENNER, Jeff (eds.); *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2003, p. 8 y ss.

<sup>874</sup> La Carta dio lugar a la adopción por la Comisión de un Programa de Acción Social (COM(89) 568 final), que originó la aprobación de diversas directivas, como la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, sobre la introducción de medidas de seguridad y salud en el trabajo para trabajadoras embarazadas o que han dado a luz recientemente; la Directiva 93/104/CE de 23 de noviembre de 1993, sobre ciertos aspectos de la organización del tiempo de trabajo; la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre de 1994, sobre comités de empresa europeos; y las Directivas basadas en acuerdos marco de los agentes sociales sobre permiso de paternidad (Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996), sobre trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre de 1997), y sobre trabajo por tiempo definido (Directiva 99/70/CE, de 28 de junio de 1999).

valor normativo (arts. 125 y 136 TCE)<sup>875</sup>, y las disposiciones relativas a los agentes sociales, que permiten su consulta por la Comisión sobre la dirección de la acción comunitaria y sobre las propuestas realizadas (art. 138 TCE), así como el desarrollo de relaciones contractuales y la adopción de acuerdos colectivos (art. 139 TCE)<sup>876</sup>.

Ello indica la orientación de la Unión y la Comunidad a la realización de nuevas actividades que se añaden al mercado interior, y que implican una cierta disminución del peso del objetivo de integración económica en el Tratado, acompañado de otros fines que lo complementan. La virtualidad de estos nuevos objetivos se ha revelado, no obstante, ciertamente reducida en relación con la limitación de las libertades de circulación y las normas de la competencia, en la medida en que, por su naturaleza, no generan derechos invocables para los particulares ni obligaciones concretas para las instituciones y Estados. Si es cierto que estas reformas condujeron a una aproximación jurisprudencial más cauta a la cuestión de las competencias<sup>877</sup>, y a una interpretación más restrictiva de la libre circulación de bienes<sup>878</sup>, ello parece responder al interés de rebajar la carga de trabajo del propio Tribunal, y no impidió, en este mismo período, el desarrollo extensivo de las demás disposiciones económicas, avanzando en aquellos aspectos de la integración del mercado que se hallaban menos desarrollados<sup>879</sup>.

---

<sup>875</sup> En materia de empleo, se establece el objetivo de desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico (art. 125 TCE). En materia de política social, se establecen como objetivos la promoción del empleo, condiciones de vida y de trabajo mejoradas, para hacer posible la armonización manteniendo la mejora, protección social adecuada, el diálogo entre empresarios y trabajadores, el desarrollo de los recursos humanos en vista a un empleo elevado y duradero, y la lucha contra la exclusión social (art. 136 TCE).

<sup>876</sup> Ya anteriormente la Comisión Delors había intentado reforzar el diálogo social a nivel europeo. El Tratado de Roma establecía el Comité Económico y Social para la consulta entre agentes sociales, pero la patronal había perdido interés ante la gran cantidad de recomendaciones adoptadas por encima de sus objeciones. Dejando de lado este Comité, Delors inició el diálogo de *Val Duchesse*, incluyendo a las asociaciones mayores de empresarios y trabajadores. Sin embargo, los resultados no fueron los esperados, puesto que la patronal mantuvo su idea de que los asuntos sociales debían tratarse a nivel nacional, argumentando en favor de una interpretación restrictiva del voto por mayoría cualificada, y resistiendo a la extensión de los efectos vinculantes de los convenios alcanzados con el diálogo social.

<sup>877</sup> Ello se manifiesta, por ejemplo, en la Opinión del Tribunal de Justicia 2/94, en la que el Tribunal consideró que el Tratado no contemplaba la competencia para la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En un sentido similar, el Tribunal anuló por primera vez una disposición de Derecho comunitario por falta de competencias, en la STJCE de 5 de octubre de 2000, *República Federal de Alemania c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (Tobacco Advertising)*, C-376/98.

<sup>878</sup> Véase la STJCE de 24 de noviembre de 1993, *Keck y Mithouard (C-267/91 y 268/91)*, en la que el Tribunal excluye del ámbito de esta libertad las regulaciones sobre condiciones de venta.

<sup>879</sup> Así sucede claramente en las libertades de circulación, produciéndose un giro hacia un mayor control de las libertades de servicios y el derecho de establecimiento, que habían recibido hasta el momento poca atención del Tribunal. En este sentido, POIARES MADURO, Miguel; *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, op. cit., 1998, p. 99 y ss.

La introducción de elementos sociales con una mayor dimensión objetiva y un valor normativo claro no se produciría hasta un momento posterior, con el Tratado de Lisboa (2007), en el que se establecen objetivos de mayor carácter social para toda la Unión, y se afirma el carácter vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales<sup>880</sup>. El nuevo Tratado de la Unión Europea recoge los valores en los que se fundamenta la Unión –anteriormente establecidos en el Preámbulo- (art. 2 TUE)<sup>881</sup>, y establece una nueva redacción de sus objetivos, que se orientan, a nivel general, a la promoción de la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos (art. 3.1 TUE)<sup>882</sup>. Ello se complementa con la introducción de una serie de cláusulas horizontales, que ponen énfasis en la obligación de tener en cuenta diversos elementos sociales a lo largo de la definición y realización de las actuaciones de la Unión<sup>883</sup>.

Asimismo, la atribución a la Carta de Derechos Fundamentales de un valor jurídico vinculante igual al de los Tratados (art. 6.1 TUE) supone por primera vez el establecimiento, en el Derecho primario, de elementos materiales sociales en forma de mandatos o derechos<sup>884</sup>, dotados de un cierto contenido normativo más allá de la atribución de competencias o el establecimiento de objetivos. Si es cierto que existen ciertas dudas acerca de su concreto valor jurídico<sup>885</sup>, y a pesar de que su efecto puede quedar limitado por su propio articulado y por las

<sup>880</sup> El Tratado de Lisboa resulta de la adaptación del fracasado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (2004), cuya ratificación se interrumpió tras el resultado negativo en el referéndum celebrado en Francia el 29 de Mayo de 2005, y en los Países Bajos el 1 de Junio de 2005. El Tratado de Lisboa, impulsado bajo la Presidencia alemana a partir de la Cumbre de 21 y 22 de Junio de 2007, retoma los contenidos esenciales del Tratado constitucional en un Tratado formalmente desconstitucionalizado, rebajando la retórica constitucional, y acordándose rápida y silenciosamente por los Estados, sin un debate público. Véase en este sentido, DE BÚRCA, Grainne; “Reflections on the EU’s Path from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty”, *Jean Monnet Working Paper* n° 3/2008, p. 6 y ss.

<sup>881</sup> Los valores se identifican con “el respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”, en una sociedad caracterizada por “el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres” (art. 2 TUE).

<sup>882</sup> Véase en concreto sobre ellos *infra* Sección I.C.i.

<sup>883</sup> Se establece, por un lado, el respeto al principio de igualdad de los ciudadanos en todas las actividades de la Unión (art. 9 TUE) y el objetivo de eliminación de las desigualdades entre hombres y mujeres y la promoción de su igualdad (art. 8 TFUE)<sup>883</sup>, añadiéndose la obligación de lucha contra toda discriminación por razones determinadas (art. 10 TFUE), así como la obligación de tener en cuenta, en la definición y ejecución de las políticas de la Unión, las exigencias relacionadas con cuestiones como el empleo, la protección social, la educación y la salud (art. 9 TFUE); la protección del medio ambiente (art. 11 TFUE); la protección de los consumidores (art. 12 TFUE); y la protección de los servicios de interés económico general, para que actúen con arreglo a principios que les permitan cumplir su cometido (art. 14 TFUE).

<sup>884</sup> Véase sobre ellos *infra* Sección III.A.v.

<sup>885</sup> A diferencia del Tratado constitucional, donde la Carta se incorporaba plenamente como Parte II del Tratado, lo que le atribuía un valor jurídico y simbólico preeminente incluso ante las libertades económicas, su estatuto en el Tratado de Lisboa plantea dudas, por cuanto el reconocimiento del “mismo valor jurídico que los Tratados” (art. 6.1 TUE) parece indicar que los derechos fundamentales no tendrán un peso superior a las libertades económicas, sino exactamente igual. Ello se corrobora por el hecho de que los derechos de la Carta no se

disposiciones horizontales –que niegan la atribución de nuevas competencias, e introducen una distinción entre principios y derechos (arts. 51 y 52 CDFUE)-, el establecimiento de la Carta la inserta en el Derecho primario de la Unión como elemento que debe respetarse en su ámbito de aplicación, y cuyo contenido y alcance concretos, aunque dependerá de la interpretación del Tribunal, puede actuar como contrapeso a las libertades económicas<sup>886</sup>. El ordenamiento europeo podría quedar dotado, así, de otros elementos a los que se otorga relevancia, cuya realización, aunque no dependa de las instituciones europeas, no podría ser tampoco obstaculizada por ellas.

### iii. El replanteamiento de los principios constitucionales del Tratado

La limitación del efecto del ordenamiento europeo sobre los sistemas estatales se intenta, más recientemente, a través de una tercera vía, que supone un replanteamiento de los principios inicialmente desarrollados por el Tribunal de Justicia en el proceso de constitucionalización formal del Tratado. Si el principio de efecto directo no queda en gran medida modificado, manteniendo sus características básicas, el principio de primacía sufre mayores transformaciones, ante las dificultades que genera en los Estados miembros su entendimiento de forma absoluta, cualquiera que sea la norma nacional cuestionada. La inserción de una cláusula de respeto a la identidad nacional en el Tratado, junto con la atribución de un cierto margen de apreciación a los Estados en algunos casos, conducen a una cierta modulación de la primacía del Derecho de la Unión, que puede dar lugar a una vía por la que se matice su influencia económica.

El punto de partida en este replanteamiento viene constituido por la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de octubre de 1993 sobre el Tratado de Maastricht<sup>887</sup>, que establece las bases conceptuales para el entendimiento de la relación entre el ordenamiento alemán y el sistema de la Unión. La consideración de la Unión Europea como una asociación de Estados (*Staatenverbund*), que asume responsabilidades soberanas y cuyas condiciones democráticas no se hallan plenamente realizadas, conduce al Tribunal a apreciar la constitucionalidad de la ratificación del Tratado, considerando no obstante que la

---

mencionan entre los principios generales del Derecho que vinculan a las instituciones europeas (art. 6.3 TUE). Véase BERCUSSON, Brian; “The Lisbon Treaty and Social Europe”, en *ERA Forum*, vol. 10, 2009, p. 99 y ss.

<sup>886</sup> Véase sobre ello *infra* Sección III.A.v.

<sup>887</sup> BVerfGE 89, 155. El Tratado de Maastricht dio lugar a otras decisiones de Tribunales constitucionales, como la Declaración 1/1992 del Tribunal Constitucional español, o la Decisión del Consejo Constitucional francés nº 98-308 DC, de 9 de abril de 1992, que no contienen no obstante consideraciones de fondo sobre las exigencias de la integración europea.

legitimación democrática de la Unión depende de los Parlamentos nacionales, que la interpretación de sus competencias debe realizarse de forma estricta, y que la Unión no tiene una competencia para determinar sus propias competencias (*Kompetenz-Kompetenz*), cuestión que corresponde a los Estados miembros<sup>888</sup>.

Esta aproximación del Tribunal Constitucional alemán, que tendría repercusión también en otros Tribunales constitucionales<sup>889</sup>, se desarrolla más recientemente en la Sentencia de 30 de junio de 2009 relativa al Tratado de Lisboa<sup>890</sup>, que profundiza en algunos de sus aspectos, presentando una visión propia de la integración europea y estableciendo sus límites de forma más precisa. Según el Tribunal, la intangibilidad en la Constitución alemana del principio democrático y los demás principios de la forma de Estado –el Estado de Derecho, el Estado social, la República, el Estado federal y la sustancia de los derechos fundamentales (art. 20 Ley Fundamental)- garantiza la condición de Estado soberano de Alemania<sup>891</sup>, y aunque no impide la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea, la sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones, entre ellas, el mantenimiento de “la estatalidad soberana sobre la base de un programa de integración conforme con el principio de atribución de competencias y que respete la identidad constitucional de los Estados miembros”, y el aseguramiento de que éstos “no pierdan su capacidad de configuración política y social de las condiciones de vida bajo su propia responsabilidad”<sup>892</sup>.

De acuerdo con la concepción del Tribunal, la integración europea halla en los Estados nacionales su unidad básica de realización<sup>893</sup>, de forma que la primacía del Derecho europeo

---

<sup>888</sup> La ausencia de condiciones democráticas equivalentes a las del nivel estatal no impide a Alemania, según el Tribunal, ser miembro de esta asociación de Estados, pero le exige mantener un ámbito suficiente de responsabilidad propia –dentro de la cual se hallan las tareas sociales-, y obliga a la Unión, a medida que extiende sus competencias, a fortalecer su legitimidad democrática, comprometiéndose con los principios de Estado de Derecho, Estado social, federalismo y subsidiariedad, respetando la identidad constitucional de los Estados miembros. Esta decisión ha sido criticada por la doctrina, en especial, en razón de la noción amplia que atribuye al derecho de participación democrática (art. 38 Ley Fundamental), y de la concepción de la integración europea que subyace a la decisión. Véase WEILER, Joseph; “Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision”, en *European Law Journal*, vol. 1, núm. 3, 1995, p. 219 y ss.

<sup>889</sup> Véase por ejemplo la Decisión del Consejo Constitucional francés nº 2004-505 DC de 19 de noviembre de 2004, sobre el Tratado constitucional; la Declaración del Tribunal Constitucional español 1/2004; o la Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia de 11 de mayo de 2005. Sobre esta influencia, BAQUERO CRUZ, Julio; “The Legacy of the Maastricht Urteil and the Pluralist Movement”, en *European Law Journal*, vol. 14, núm. 4, 2008, p. 398 y ss.

<sup>890</sup> BVerfGE 123, 267.

<sup>891</sup> BVerfGE 123, 267, párrafo 216.

<sup>892</sup> BVerfGE 123, 267, párrafo 226.

<sup>893</sup> BVerfGE 123, 267, párrafo 231. El Tribunal considera que el principio democrático no puede ser plenamente satisfecho fuera del marco nacional, y que por tanto la Unión no podrá nunca sustituir al Estado sin la adopción de otra Constitución. Véase HANF, Dominik; “L’encadrement constitutionnel de l’appartenance de l’Allemagne

tiene únicamente un carácter derivado, que produce efectos jurídicos en el Estado sólo a través de la Ley interna de aprobación del Tratado y de la cláusula constitucional que permite la integración<sup>894</sup>. No se trata de un principio autónomo del Derecho comunitario, sino que deriva del marco constitucional que permite la participación estatal en la Unión Europea, lo que justifica el control de los actos de la Unión por el Tribunal Constitucional tanto en el ámbito competencial como en relación con el respeto a la identidad constitucional nacional<sup>895</sup>. Ello supone una ruptura al monopolio del Tribunal de Justicia sobre la interpretación del Derecho comunitario y matiza en cierto modo la primacía absoluta del Derecho de la Unión.

Esta visión de la construcción europea por el Tribunal Constitucional alemán ha sido ampliamente criticada, especialmente en su enunciación más radical en la Sentencia de 2009<sup>896</sup>. Su formulación, sin embargo, expresa jurídicamente las reticencias que suscita a partir de la década de los noventa el proceso de integración, y ha calado hondo en la comunidad jurídica europea, que ha intentado, ya desde la decisión de 1993, establecer una teoría jurídica que permita la comprensión de un ordenamiento con diversas fuentes de autoridad, que reclaman para sí la última palabra sobre la validez y aplicación del Derecho: la aparición, en este marco, de diversas doctrinas que toman como base ciertas nociones de pluralismo jurídico –aplicándolas de forma diversa y dando lugar a propuestas distintas<sup>897</sup>–

---

à l'Union européenne. L'apport de l'arrêt 'Lisbonne' de la Cour Constitutionnelle fédérale", en *Cahiers de droit européen*, núm. 5, 2009, p. 685.

<sup>894</sup> BVerfGE 123, 267, párrafo 339.

<sup>895</sup> BVerfGE 123, 267, párrafos 235, 240.

<sup>896</sup> Ésta ha sido calificada de pluralismo jurídico agresivo, en cuanto cierra la vía a la democratización plena de la Unión Europea, considerando que ésta sólo puede operar a través de los Estados. Véase BAQUERO CRUZ, Julio; "A Juridical Götterdämmerung: The Lisbon Decision of the German Constitutional Court", en AUEL, Katrin; BAQUERO CRUZ, Julio; *Karlsruhe's Europe*, Notre Europe, núm. 78, 2010, p. 4. La construcción de una lista de funciones que corresponden obligadamente al Estado ha sido también criticada, véase HALBERSTAM, Daniel; MÖLLERS, Christoph; "The German Constitutional Court says 'Ja zu Deutschland!'", en *German Law Journal*, vol. 10, núm. 8, 2009, p. 1250. En una visión más favorable, BECK, Gunnar; "The Lisbon Judgement of the German Constitutional Court, the Primacy of EU Law and the Problem of *Kompetenz-Kompetenz*: A Conflict between Right and Right in Which There is No *Praetor*", *European Law Journal*, vol. 17, núm. 4, 2011, p. 470.

<sup>897</sup> Tras el trabajo seminal de MACCORMICK, Neil; "Beyond the Sovereign State", *op. cit.*, 1993, p. 1 y ss; el pluralismo jurídico se ha manifestado en diversas teorías, desde el Derecho contrapuntual de POIARES MADURO, al pluralismo constitucional de WALKER, el pluralismo global de HALBERSTAM, el pluralismo radical de KRISCH, el Derecho conflictual de JOERGES, o el constitucionalismo multinivel de PERNICE. Véase POIARES MADURO, Miguel; "Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action", en WALKER, Neil (ed.); *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, p. 501 y ss. WALKER, Neil; "The Idea of Constitutional Pluralism", en *The Modern Law Review*, vol. 65, núm. 3, 2002, p. 317 y ss. HALBERSTAM, Daniel; "Local, Global and Plural Constitutionalism: Europe Meets the World", KRISCH, Nico; "The Case for Pluralism in Postnational Law", ambos en DE BÚRCA, Gráinne; WEILER, J. H. H. (eds.); *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, New York, 2012, p. 150 y ss, p. 203 y ss. JOERGES, Christian; "The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form", RECON Online Working Paper 2010/05, p. 5 y ss. PERNICE, Ingolf; MAYER, Franz C.; "De la Constitution composée

muestra, cuando menos, la aceptación de la necesidad de un nuevo esquema que explique las relaciones entre ordenamientos, permitiendo la conciliación de sus elementos y alejándose de la construcción piramidal kelseniana, que no puede dar cuenta de los rasgos particulares del ordenamiento europeo<sup>898</sup>.

Ello se ha reflejado en algunos cambios en el Derecho positivo europeo y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La incorporación, ya en el Tratado de Maastricht, de una cláusula de salvaguardia de la identidad constitucional de los Estados (art. 6.3 TUE) posteriormente ampliada en la reforma de Lisboa y sujeta a la jurisdicción del Tribunal de Justicia (art. 4.2 TUE), contribuye a reforzar la obligación de tener en cuenta los elementos constitucionales esenciales de los Estados, cifrados en “las estructuras fundamentales políticas y constitucionales” (art. 4.2 TUE), y exigiendo una ponderación entre el valor constitucional en cuestión y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión<sup>899</sup>. A ello se añade el reconocimiento por el Tribunal de Justicia de un cierto margen de apreciación a los Estados miembros en algunas cuestiones, que les permite, especialmente cuando entra en juego la protección de derechos fundamentales, una valoración autónoma de la proporcionalidad y necesidad de la medida<sup>900</sup>.

El desarrollo de estos mecanismos, no obstante, no parece tener en cuenta las cuestiones sociales como elemento integrante de la identidad nacional de los Estados miembros. Si es cierto que el Tribunal Constitucional Federal alemán, en su Sentencia sobre el Tratado de Lisboa, menciona el principio de Estado social como uno de los elementos constitucionales que deben ser respetados<sup>901</sup>, posteriormente ventila rápidamente la cuestión del respeto a este principio por el Tratado de Lisboa, aduciendo únicamente que no corresponde a la Unión la realización de una tarea social y mencionando los elementos de carácter social del Tratado<sup>902</sup>. La cláusula de respeto a la identidad nacional establecida en el Tratado de Lisboa (art. 4.2

---

de l'Europe”, en *Revue trimestrielle de droit européen*, 2000, p. 623 y ss. PERNICE, Ingolf; “The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action”, en *The Columbia Journal of European Law*, vol. 15, núm. 3, 2009, p. 349 y ss.

<sup>898</sup> OST, François; DE KERCHOVE, Michel; *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 43 y ss.

<sup>899</sup> En este sentido, VON BOGDANDY, Armin; SCHILL, Stephan; “Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity Under the Lisbon Treaty”, en *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, p. 1417 y ss. Véase la STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein* (C-208/09), en la que la cláusula ha servido para justificar una restricción a la libre circulación fundada en la política pública de Austria.

<sup>900</sup> Véanse las SSTJCE de 12 de junio de 2003, *Schmidberger* (C-112/00), y de 14 de octubre de 2004, *Omega* (C-36/02).

<sup>901</sup> BVerfGE 123, 267, párrafo 226.

<sup>902</sup> BVerfGE 123, 267, párrafos 392 a 399.

TUE) no menciona tampoco la función social de los Estados como parte integrante de esta identidad, y el Tribunal no ha aplicado a los derechos sociales un margen de libertad similar al que obtienen los Estados cuando entran en juego otros derechos fundamentales<sup>903</sup>.

### **C. Los elementos del Derecho primario con influencia sobre el Estado social: una perspectiva general**

La formación del ordenamiento europeo con los rasgos que se han descrito da lugar al establecimiento de una serie de elementos que, a través de su previsión en el Derecho primario y de su interpretación jurisprudencial, condicionan el desarrollo del Estado social a nivel nacional, modificando sus elementos materiales –los fines que busca realizar- y sus instrumentos formales –los medios por los que se realizan-. La influencia concreta en cada uno de estos aspectos del Estado social se tratará en posteriores secciones, realizándose por el momento sólo una perspectiva general sobre el contenido de estas disposiciones del Derecho de la Unión: puede hablarse, así, de la existencia de una serie de elementos axiológicos orientadores (apartado i), así como de una serie de obligaciones que se establecen en el orden económico (apartado ii), y también de deberes que afectan a la configuración del orden social (apartado iii).

#### **i. Las disposiciones con un contenido axiológico**

Los elementos de contenido axiológico que se hallan en el Derecho de la Unión se reflejan en diversos tipos de disposiciones en los Tratados. A pesar de que no existen disposiciones equivalentes a los principios generales de valor estatales, sí se encuentran otro tipo de preceptos que contienen la orientación general de la Unión, determinando en cierta medida el contenido o las finalidades que rigen sus actividades. Sólo recientemente se ha introducido en el Tratado una referencia a los valores, pero esta orientación se ha ejercido anteriormente por otras formas, como los objetivos de la Unión y los principios generales del Derecho.

El Derecho primario de la Unión no ha otorgado relevancia normativa, durante mucho tiempo, a los valores que la fundamentan, que se mencionaban únicamente en el Preámbulo de los Tratados y carecían por tanto de valor jurídico. El carácter de organización materialmente limitada de la Unión, orientada a finalidades concretas y no dotada de una competencia general de actuación, hacía innecesaria una previsión de este tipo,

---

<sup>903</sup> Véanse las SSTJCE de 11 de diciembre de 2007, *Viking Lines* (C-438/05); de 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri Ltd.* (C-341/05), de 3 de abril de 2008, *Rüffert* (C-346/06).

estableciéndose la orientación material de sus actividades a través de otra suerte de disposiciones. La introducción, en el Tratado de Lisboa, de una disposición sobre los valores que fundamentan la Unión muestra una modificación en esta situación, estableciéndose ciertos elementos que, con carácter normativo, orientan a nivel axiológico su actividad, y hallándose entre ellos elementos que pueden incidir en la realización del Estado social.

El Tratado de Lisboa introduce una disposición nueva que se sitúa como precepto póstumo, haciendo referencia a los valores fundamentales de la Unión (art. 2 TUE). Anteriormente estos valores se mencionaban en el Preámbulo del Tratado<sup>904</sup>, estableciéndose algunos de ellos, a partir de Ámsterdam, como principios en los que se basaba la Unión (art. 6.1 TUE) –pero excluyéndose de la jurisdicción del Tribunal de Justicia<sup>905</sup>–, pero actualmente se sitúan en la cabecera de los Tratados como principios axiológicos que fundamentan la Unión, añadiéndose nuevos elementos que atribuyen mayor importancia a los aspectos sociales: se incluyen así los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho, y respeto de los derechos humanos –incluyendo los derechos de las minorías– (art. 2 TUE, primer inciso); y se establecen otros valores como caracteres de la sociedad, a saber, el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres (art. 2 TUE, segundo inciso)<sup>906</sup>.

El efecto jurídico de estos valores se concreta en las propias disposiciones del Tratado, que los establece como condición de adhesión de nuevos los Estados (art. 49 TUE) y como fundamento de las sanciones que pueden derivarse en caso de riesgo claro de una vulneración grave, o de una violación grave y persistente por los Estados miembros (art. 7 TUE). Los valores deben ser respetados por tanto en la actividad de la Unión y de los Estados, que no pueden desconocerlos, hallándose su virtualidad jurídica positiva en la interpretación de otras

---

<sup>904</sup> En concreto, anteriormente a la reforma de Lisboa, el Tratado de la Unión Europea establecía en su Preámbulo la “adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho” (párrafo cuarto) y la “adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea” (párrafo quinto).

<sup>905</sup> El artículo 6.1 TUE establecía los principios de libertad, democracia, respeto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho como principios comunes a los Estados miembros, en los que se basaba la Unión. Se excluían de los mismos los derechos sociales, que no se incluían tampoco en el artículo 6.2 TUE, relativo a la protección de derechos fundamentales. Estos principios mencionados en el artículo 6.1 TUE no formaban parte de la jurisdicción del Tribunal de Justicia, no pudiendo utilizarse por tanto como referencia en el razonamiento judicial.

<sup>906</sup> A ello se añade el Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales, que establece la fundación de la Unión sobre “los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad” (párrafo segundo), dividiendo los diversos derechos reconocidos en capítulos correspondientes a los mencionados valores. Se ha señalado que estos valores tienen la función de establecer un compromiso compartido por ideales abstractos, promoviendo la emergencia de un pueblo europeo a través del establecimiento de los atributos de una identidad moral y política. Véase TRIDIMAS, Takis; *The General Principles of EU Law*, OUP, Oxford, 2006, p. 16.

disposiciones existentes, en la que debe priorizarse el significado que más los respete y potencie. Se ha argumentado que la distinción entre los dos grupos de valores mencionados en los distintos incisos del precepto puede tener alguna relevancia, atribuyéndose a los mismos un carácter jurídico distinto –los primeros estarían dotados de carácter normativo, mientras que los segundos tendrían sólo un carácter descriptivo<sup>907</sup>–, pero en todo caso también los valores del primer inciso incluyen algunos de los principios que a nivel estatal han fundamentado la construcción del Estado social: la mención por primera vez de la dignidad humana, junto con los principios de libertad y de igualdad –aunque no se hace referencia a la igualdad real ni propiamente al Estado social–, muestran la relevancia atribuida a estos aspectos, estableciéndolos como elementos interpretativos de otras disposiciones para el Tribunal de Justicia.

Al margen de esta introducción reciente de los valores, el contenido axiológico de los Tratados ha quedado establecido, durante largo tiempo, por los objetivos establecidos en los mismos, de los que se desprende una orientación determinada que condiciona las actuaciones de la Unión y los Estados. Si este contenido ha ido variando a lo largo del proceso de integración, modificándose los objetivos sucesivamente, éstos han permanecido no obstante como elementos que contienen una visión propia y que pueden limitar los principios estatales, si no directamente, sí a través de su influencia interpretativa sobre otras disposiciones del Tratado: los principios generales de valor estatales quedan encuadrados por estos objetivos, no pudiendo fundamentar actividades públicas contrarias, que dificulten o que impidan la realización de los fines de la integración europea.

La previsión de los objetivos de la Unión se ha ido modificando de forma progresiva, a través de las reformas de los Tratados. Hasta la aprobación del Tratado de Lisboa, no obstante, el establecimiento de estos objetivos ha seguido una estructura similar, previéndose en primer lugar unos fines generales de la Unión o la Comunidad, para precisar a continuación los medios concretos de realización, y establecer una lista indicativa de las actividades que a tal efecto deben emprenderse. La previsión de unos fines globales muy genéricos, con un contenido de difícil precisión, ha conllevado la consideración de los medios

---

<sup>907</sup> Esta parece ser la interpretación de parte de la doctrina, que explica la distinción entre diversos tipos de valores por la necesidad de que los valores fundamentales tuvieran un contenido jurídico claro y no controvertido, adoptándose los demás sólo como valores que caracterizan la sociedad, pero no fundamentan la Unión. Véase DONY, Marianne; “Les valeurs, principes et objectifs de l’Union”, en DONY, Marianne; BRIBOSIA, Emmanuelle (eds.); *Commentaire de la Constitution de l’Union européenne*, Institut d’Études Européennes, Université Libre de Bruxelles, 2005, p. 37. En el mismo sentido, RIDEAU, Jean; “Les valeurs de l’Union européenne”, en *Revue des affaires européennes*, vol. 2, 2012, p. 331, según el cual el segundo inciso del artículo 2 TUE no establece valores propiamente, sino que aclara los valores establecidos en el primer inciso.

previstos para su realización como objetivos finales, que adquieren verdadera relevancia para la orientación y definición de las tareas a nivel europeo<sup>908</sup>.

Los fines globales de la integración se circunscribían, inicialmente, al ámbito económico, buscando “la promoción de un desarrollo armonioso de las actividades económicas, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad aumentada, un aumento acelerado del nivel de vida y relaciones cercanas entre sus Estados miembros” (art. 2 TCEE). Ello se amplía posteriormente, como se ha visto, con las reformas de Maastricht (1992) y Ámsterdam (1997), pero la construcción del mercado interior sigue siendo en esta etapa el espacio principal de integración, careciendo las dimensiones sociales de la fuerza necesaria para frenar las exigencias económicas ligadas al mercado único. La terminología utilizada en la referencia a estas políticas, a través de términos como la “promoción” (arts. 3.1.j, 3.1.l TCE), el “fortalecimiento” (art. 3.1.k TCE), el “favorecimiento” (art. 3.1.o TCE) o la “contribución” (arts. 3.1.p, 3.1.q, 3.1.t TCE), sugiere un tipo de actividad de la Comunidad de menor intensidad, realizando, de acuerdo con las competencias obtenidas, únicamente una tarea de preparación y complemento a los Estados miembros<sup>909</sup>.

Es cierto que el objetivo del mercado interior, aisladamente considerado, no conlleva una opción predefinida por principios de valor determinados. La construcción de un espacio económico común implica, evidentemente, la focalización de la integración en el ámbito de los intercambios económicos –el mercado–, pero éste puede concebirse en formas muy distintas –como muestran los distintos sistemas económicos existentes–, y no implica necesariamente el establecimiento de una libertad absoluta, ni dice nada acerca de otros valores que pueden fundamentar las actuaciones públicas<sup>910</sup>. En el ámbito europeo, sin embargo, la identificación de este objetivo con las disposiciones de libre circulación, libre competencia y no discriminación por nacionalidad en el Tratado, interpretadas de modo muy estricto por el Tribunal, ha dado lugar a un contenido axiológico fuertemente determinado por

<sup>908</sup> Así lo afirma CONSTANTINESCO, Léontin-Jean; “La constitution économique de la C.E.E.”, *op. cit.*, 1977, p. 256, quien analiza el Tratado como Constitución económica de la Comunidad, con una estructura dividida en objetivos globales, instrumentos, y objetivos inmediatos (tareas). Los objetivos globales designan, en realidad, la finalidad última de la Comunidad, pero ésta genera controversia, teniendo un reducido valor normativo.

<sup>909</sup> En este sentido, LENAERTS, Koen; VAN NUFFEL, Piet; *Constitutional law of the European Union*, *op. cit.*, 2005 (2ª ed.), p. 83, quienes señalan la evolución del Tratado en este aspecto, pero apuntan también al carácter distinto de los objetivos de la Comunidad en estos ámbitos, donde su tarea no sustituye a la de los Estados.

<sup>910</sup> Así se refleja, de hecho, en la versión inicial del Tratado, en la que la jurisprudencia identifica valores de defensa de la libertad, de la igualdad, de solidaridad o de unidad en la Comunidad, extrayendo del mercado común exigencias diversas en cuanto a las actuaciones de los Estados y las instituciones europeas. Véase PESCATORE, Pierre; “Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d’interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice”, en *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, vol. 2, Bruylant, Bruxelles, 1972, p. 329.

el principio de libertad, que ha guiado toda la construcción del espacio económico integrado. Los individuos han visto así garantizada su posibilidad de actuación en el mercado, cualquiera que fuera su nacionalidad, operando la igualdad como elemento funcional a la protección de dicha libertad, y dotándose las libertades y derechos de participación económica de un fuerte efecto en todo el territorio de la Unión<sup>911</sup>.

Ello implica, para los Estados miembros, una influencia que se manifiesta no de forma directa –los objetivos no generan derechos para los individuos, no establecen obligaciones para los Estados ni constituyen parámetro de valoración<sup>912</sup>–, pero sí de forma indirecta, a través de las demás disposiciones del Tratado y su interpretación teleológica<sup>913</sup>. El principio de cooperación leal, que obliga a los Estados a ayudar a la Unión en el cumplimiento de su misión, absteniéndose de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de sus objetivos (art. 4.3 TUE), supone la prohibición de las actuaciones nacionales que sean contrarias a los fines de la Unión, quedando las medidas que se inspiren en un contenido axiológico distinto reducidas al ámbito en que no se aplique el Derecho de la Unión. Los principios generales de valor estatales quedan limitados así al ámbito puramente interno –actualmente muy reducido<sup>914</sup>–, lo que supone en la práctica una notable compresión de su espacio de actuación, subordinándolo a la no afectación de los valores inherentes a la construcción del mercado.

La modificación de los objetivos que introduce el Tratado de Lisboa puede dar lugar a una cierta alteración de esta situación, en la medida en que abandona el esquema clásico de objetivos y medios, y establece objetivos de mayor componente social<sup>915</sup>. Especialmente la

---

<sup>911</sup> Véase sobre la interpretación de las libertades de circulación, *infra* Sección I.C.ii y sobre el principio de igualdad, *infra* Sección II. Ello genera no obstante un cierto elemento de circularidad, puesto que el objetivo del mercado común se dota de contenido a través de las disposiciones económicas del Tratado, y éstas se interpretan de forma estricta precisamente en atención a las exigencias que el Tribunal considera derivadas del objetivo del mercado.

<sup>912</sup> Así se ha afirmado por el Tribunal de Justicia, véanse por ejemplo las SSTJCE de 24 de enero de 1991, *Alsthom Atlantique* (C-339/89), y de 3 de octubre de 2000, *Echirolles Distribution* (C-9/99).

<sup>913</sup> El Tribunal de Justicia utiliza ampliamente el método teleológico de interpretación. Se ha afirmado que el propio Tratado presenta una especial adecuación a este tipo de interpretación, en cuanto contiene pocas reglas materiales y un número elevado de procedimientos y fines. Véase PESCATORE, Pierre; “Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d’interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice”, *op. cit.*, 1972, p. 328.

<sup>914</sup> La dimensión transnacional de los mercados hace que muchas medidas de aplicación interna de los Estados afecten también a la configuración del mercado europeo, lo que las sitúa bajo el alcance de las libertades de circulación y las normas de la competencia. El Tribunal ha considerado que, incluso cuando el Estado se acoge a una de las excepciones de las libertades de circulación, está dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y sujeto por tanto al cumplimiento de sus principios (STJCE de 18 de junio de 1991, *ERT*, C-260/89).

<sup>915</sup> Sobre estos nuevos objetivos, véase *supra* en este Capítulo Sección I.B. El mercado interior no se define en el artículo 3 TUE, desapareciendo la mención al “mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados

mención a la “economía social de mercado”, como base del desarrollo económico de Europa, puede suponer una cierta modificación del contenido axiológico que se identifica con el objetivo del mercado interior, atenuando la interpretación del principio de libertad y atribuyendo un mayor espacio de actuación a otros principios. La inclusión de este concepto ha sido criticada, por cuanto supone la recuperación de una noción del Derecho alemán que implicaba, en su contexto inicial, la prevalencia de las instituciones del mercado<sup>916</sup>, y cuya realización exige además instrumentos que la Unión no tiene<sup>917</sup>. En el ámbito europeo dicho principio podría adquirir un significado autónomo, que permitiera al Tribunal elaborar una reinterpretación de las disposiciones económicas<sup>918</sup>, si bien ésta no ha sido hasta el momento la aproximación adoptada, manteniendo el Tribunal su interpretación sin modificaciones.

La determinación axiológica de la Unión se completa, junto a estas disposiciones, con los principios generales del Derecho que el Tribunal de Justicia deduce de las tradiciones constitucionales estatales, en relación con distintas materias<sup>919</sup>. Estos principios se reconocen en múltiples ámbitos, pero destaca entre ellos el reconocimiento del principio de igualdad y

---

miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios, y capitales” (art. 3.1.c TCE), y a “un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior” (art. 3.1.g TCE). No obstante, el Protocolo nº 27 sobre Mercado Interior y Competencia, anexo al Tratado de Lisboa, establece que el mercado interior, tal y como se define en el artículo 3, incluye un sistema que garantiza que no se falsea la competencia. El nuevo artículo 3 TUE muestra, según algunos autores, la voluntad de situar los objetivos sociales en un mismo nivel que los fines económicos. Véase LENAERTS, Koen; VAN NUFFEL, Piet; *Constitutional law of the European Union, op. cit.*, 2011, p. 109.

<sup>916</sup> El concepto de “economía social de mercado” surge conectado al ordoliberalismo alemán, defendido por Müller-Armack, quien propugnaba una visión ordoliberal de la economía, pero añadía marcados fines sociales al Estado. Según el autor, la propia economía de mercado generaba consecuencias favorables al interés de los consumidores, pero a ello debía añadirse la intervención del Estado, buscando el pleno empleo, extendiendo la demanda pública, y realizando las políticas necesarias para servir al equilibrio social en la sociedad. Sin embargo, estos objetivos sociales debían quedar siempre subordinados a los mecanismos de mercado, excluyéndose las políticas sociales que fueran contrarias a la competencia y al funcionamiento del mercado. Véase JOERGES, Christian; RÖDL, Florian; “‘Social Market Economy’ as Europe’s Social Model?”, *op. cit.*, p. 16.

<sup>917</sup> En este sentido, SCHARPF, Fritz; “The Double Asymmetry of European Integration. Why the EU Cannot Be a Social Market Economy”, MPfG Working Paper 09/12, p. 7 y ss.

<sup>918</sup> En este sentido, AZOULAI, Loïc; “The Court of Justice and the Social Market Economy: the Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization”, en *Common Market Law Review*, vol. 45, 2008, p. 1336, quien apunta que el Tribunal se halla actualmente en un marco en que debe intentar una conciliación entre los elementos sociales y económicos. Asimismo, AZOULAI, Loïc; “Article I-3”, en BURGORGUE-LARSEN, Laurance; LEVADE, Anne; PICOD, Fabrice (dirs.); *Traité établissant une Constitution pour l’Europe. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 70.

<sup>919</sup> En relación con los principios generales del Derecho, existen múltiples clasificaciones que intentan dar cuenta de la variedad de principios que ha reconocido el Tribunal. En atención a su contenido, TRIDIMAS distingue, por un lado, principios derivados del Estado de Derecho (*rule of law*), dentro de los que incluye la protección de los derechos fundamentales, la igualdad, la proporcionalidad, la seguridad jurídica, y los derechos de tutela judicial; y por otro lado, principios que subyacen a la estructura constitucional de la Unión, como la primacía, la atribución de competencias, la subsidiariedad, o el principio de cooperación leal. Véase TRIDIMAS, Takis; *The General Principles of EU Law, op. cit.*, 2006, p. 4.

no discriminación, que actúa como elemento orientador de las actuaciones de la Unión y de los propios Estados, adquiriendo un desarrollo concreto a nivel de la Unión que puede afectar a su concepción en el nivel nacional. El contenido de este principio se expondrá posteriormente, en relación con su influencia en los ordenamientos estatales<sup>920</sup>.

## ii. Las obligaciones en el orden económico

El Derecho primario de la Unión establece diversas disposiciones que determinan las obligaciones del Estado en relación con el orden económico. El carácter de la integración europea, centrada en el ámbito económico, conlleva el establecimiento de dos grandes bloques de normas objetivas que determinan estas obligaciones respecto a la configuración económica: por un lado, las libertades de circulación, que imponen el respeto por los Estados al libre desplazamiento de sujetos y factores de producción; por otro lado, las normas de la competencia, que exigen el mantenimiento de condiciones favorables a la concurrencia y el libre acceso a los mercados para los individuos<sup>921</sup>. Ambos tipos de normas se basan en una concepción común del orden supranacional y el objetivo del mercado, que determina la atribución a las mismas de una gran fuerza jurídica, estableciéndose como aspectos constitucionalizados previos al poder público, y adquiriendo incluso forma de derechos subjetivos directamente reclamables.

La ubicación del mercado común, durante largo tiempo, como objetivo principal de la integración europea, conlleva el posicionamiento de los elementos económicos en el centro del sistema jurídico, constituyendo éstas las disposiciones sobre las que pivota el Tratado y que definen los pilares básicos del sistema de la Unión. Las normas de la competencia y las libertades de circulación tienen, así, un mismo fundamento, que las orienta a la realización de un objetivo común: la construcción de un poder público supranacional, que tiene como finalidad la creación de un espacio económico común, las sitúa en el propio fundamento de este poder público, determinando sus obligaciones y sus posibilidades de actuación.

Este papel de las disposiciones económicas en el Tratado se inspira, al menos inicialmente, en los postulados del ordoliberalismo alemán, que propugnaba, ante los peligros que implicaba la concentración de poder económico, el establecimiento de una Constitución

---

<sup>920</sup> Véase *infra* en este Capítulo Sección II.

<sup>921</sup> Puede plantearse si existen otras normas en el Derecho primario que establezcan obligaciones al Estado en relación con el orden económico. En un sentido amplio, también las normas relativas a la política agrícola común, a la política comercial o a la unión monetaria establecen evidentemente este tipo de obligaciones. El análisis se centra no obstante en las normas del Tratado que imponen obligaciones claras e incondicionales desde su propio texto, siendo directamente aplicables a los Estados miembros.

económica que encerrara una decisión fundamental en favor de la economía de mercado y la libre competencia, y redujera la discrecionalidad interventora del poder político, fundándolo en el respeto a la propia libertad económica<sup>922</sup>. En la medida en que, según se había visto, el poder económico podía captar y corromper al poder público, llevando incluso a la destrucción del Estado<sup>923</sup>, la garantía de la competencia aparecía como la tarea esencial de las autoridades públicas, y el libre mercado se constituía como instrumento principal de integración de la ciudadanía: el poder público debía garantizar la igualdad de oportunidades en el ámbito económico –la competencia–, permitiendo la participación a todos en un sistema que generaría la adhesión de la población, y que conduciría al mismo tiempo al bienestar general, a través del crecimiento y la estabilidad económica<sup>924</sup>.

En esta perspectiva, el Tratado originario se habría establecido como una Constitución económica, comprometida con la garantía de las libertades económicas y la libre competencia, y asignando al poder comunitario únicamente una tarea de vigilancia y mantenimiento de las condiciones para el desarrollo de dicho sistema<sup>925</sup>. Aunque es evidente que el Tratado inicial admitía distintas lecturas, y que es difícil ver en él una aplicación estricta de la teoría

---

<sup>922</sup> El ordoliberalismo constituye una corriente de pensamiento económico y jurídico que surge en los años 1930 en Alemania, de la mano del economista Walter Eucken y de los juristas Franz Böhm y Hanns Grossmann-Doerth. Tras observar la degradación de la República de Weimar, y el papel de los cárteles con respecto al poder público, concluyen que el núcleo del problema se hallaba en la incapacidad del sistema jurídico para prevenir la creación y la mala utilización del poder económico privado en una sociedad libre. Frente a ello, proponen la Constitución como instrumento no sólo de dispersión del poder político sino también del poder económico privado, considerando que ésta debía establecer las características del sistema económico, que dependería del Derecho y de una decisión constitutiva. Esta decisión debía acompañarse de una política del gobierno de mantenimiento del orden decidido (*ordnungspolitik*), que dejaba un escaso margen para la intervención discrecional en el mercado, y del establecimiento de una oficina de control independiente. Los ordoliberales tuvieron un papel importante en el Gobierno alemán tras la II Guerra Mundial, y participaron también directamente en la redacción del Tratado de Roma. Véase GERBER, David J.; “Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the ‘New’ Europe”, en *American Journal of Comparative Law*, vol. 41, 1994, p. 25 y ss. FOCAULT, Michel; *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France*, Seuil-Gallimard, Paris, 2004, p. 105 y ss (lecciones de 7 de febrero 1979 y 14 de febrero 1979).

<sup>923</sup> Así sucedió en el período nazi en Alemania, donde la fuerte cartelización de la industria contribuyó a la subida del Partido Nacionalsocialista y a sus conquistas militares. Véase GERBER, David J.; *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, OUP, Oxford, 2001, p. 116 y ss.

<sup>924</sup> Se ha puesto de relieve que esta corriente se basaba en valores humanistas, más allá de preocupaciones económicas, puesto que pretendía establecer una sociedad que protegiera la dignidad humana y la libertad personal, considerando el mercado como creador de riqueza y que, con la debida intervención del poder público, podía servir a los intereses de todos los miembros de la comunidad. Véase NÖRR, Knut Wolfgang; “‘Economic Constitution’: On the Roots of a Legal Concept”, en *Journal of Law and Religion*, vol. 11, 1994, p. 353.

<sup>925</sup> En este sentido, STREIT, Manfred E.; MUSSLER, Werner; “The Economic Constitution of the European Community: From ‘Rome’ to ‘Maastricht’”, en *European Law Journal*, vol. 1, 1995, p. 14. En contra de esta visión, considerando que el Tratado no contenía esta construcción y que ésta deriva del Tribunal de Justicia, EHLERMAN, Claus-Dieter; “Comment on Manfred E. Streit and Werner Mussler: ‘The Economic Constitution of the European Community- From ‘Rome’ to ‘Maastricht’”, en *European Law Journal*, vol. 1, 1995, p. 84 y ss.

ordoliberal<sup>926</sup>, ésta ofrece una explicación plausible de la posición que adquieren estos elementos, que se intuye también en otras teorías de la integración europea: los elementos económicos del libre mercado constituyen, según este pensamiento, aspectos desligados del proceso político, que se atribuyen por decisión constitucional a una instancia tecnocrática superior, y que aparecen por tanto como fruto de una decisión previa, exigiendo al poder público una configuración determinada del orden social y económico<sup>927</sup>.

Ello implica una modificación del estatuto constitucional que tenían los elementos económicos, considerados en el ámbito estatal como entidades constituidas, y limitables por tanto de conformidad con el interés general. Aunque estas normas derivan a nivel de la Unión de un marco constitucional específico –no se recupera aquí la visión liberal de los derechos como entidades previas al Estado–, su establecimiento se realiza en forma a erigirlas en elementos fundadores de los poderes de la Unión, produciendo un cambio en su naturaleza jurídica: a diferencia del Estado liberal clásico, donde la libertad económica requería la abstención del poder público, su comprensión en el marco de la Unión exige una actuación pública que trabaje intensamente para garantizarla, quedando el propio poder público justificado –y limitado– por las necesidades de su aseguramiento<sup>928</sup>. Ello conlleva, en la práctica, la creación de un orden económico que debe ser respetado por los Estados y las instituciones europeas, quedando los poderes públicos limitados por dichas obligaciones, y teniendo en cambio una posibilidad mucho menor de imponerles límites y regulaciones<sup>929</sup>.

Las libertades de circulación y normas de la competencia aparecen, en este marco, como elementos que caracterizan el orden económico que quiere establecerse, considerándose como

---

<sup>926</sup> Se ha argumentado que Francia, Bélgica e Italia no se preocuparon por el ordoliberalismo, puesto que consideraban que el artículo 90 del Tratado protegía a sus sistemas públicos. Por otro lado, todas las políticas comunes y competencias reguladoras de la Unión, que se irían ampliando además en las sucesivas reformas del Tratado, constituían elementos contrarios a la teoría ordoliberal, que los criticaba por ello ampliamente.

<sup>927</sup> Este pensamiento estaba presente también en otras teorías de la integración, como la concepción de IPSEN como comunidades de fines específicos (*Zweckverbände*) en integración funcional, o a la consideración de WEILER como estructuras jurídicas y procesos de toma de decisiones. Aunque no adoptan la idea de Constitución económica, estas teorías consideran también a la Comunidad como entidad técnica o tecnocrática, cuyo carácter supranacional se justifica por sus propios objetivos, sin necesidad de órganos democráticos. Véase IPSEN, Hans Peter; “La posición jurídica de las comunidades”, en *Revista española de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, 2010, p. 480. WEILER, Joseph; “The Community System: The Dual Character of Supranationalism”, en *Yearbook of European Law*, vol. 1, 1981, p. 267 y ss.

<sup>928</sup> Las condiciones del libre mercado no se consideran automáticamente existentes, sino que requieren la intervención del poder público para asegurar la competencia en igualdad. Este es el gran cambio que opera el ordoliberalismo alemán, y que distingue según FOCAULT el neoliberalismo respecto al liberalismo clásico. FOCAULT, Michel; *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France, op. cit.*, 2004, p. 105 y ss.

<sup>929</sup> Se ha hablado, en este sentido, de un “Estado de mercado” establecido a nivel de la Unión. Véase MAESTRO BUELGA, Gonzalo; “Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, vol. 8, 2007, p. 43 y ss.

artífices de la apertura e integración de los mercados, y orientados a un mismo fin de realización del espacio económico común. Estos dos bloques de normas se han considerado como el “derecho sustantivo” y el “derecho constitucional de la Comunidad”<sup>930</sup>, reconociendo el Tribunal su propia relación con el objetivo de la integración europea: “los artículos 2 y 3 del Tratado tienen por objeto la creación de un mercado en el que las mercancías circulen libremente en condiciones en que no se falsee la competencia. Dicho objetivo se garantiza, sobre todo, tanto mediante (...) la prohibición de las restricciones al comercio intracomunitario, como por (...) las normas sobre la competencia”<sup>931</sup>.

Las libertades de circulación constituyen uno de los pilares sobre los que se construye la integración europea, contribuyendo a la creación de un mercado común en el que los factores de producción puedan desplazarse sin impedimentos. Su influencia en relación con el orden económico viene dada especialmente por la libre circulación de mercancías (art. 34 TFUE), de servicios (art. 56 TFUE), y de las propias empresas y sujetos autónomos a través de la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE)<sup>932</sup>. Estas libertades conllevan, para los Estados, la obligación de no restringir en su territorio la entrada de los elementos mencionados: en la medida en que éstos aceptan la creación de un espacio económico supranacional, quedan comprometidos a la garantía de remoción de todos los obstáculos que puedan impedir o dificultar el libre movimiento de los factores productivos, debiendo permitir su entrada y salida del territorio nacional.

La construcción de las libertades de circulación no ha tenido, hasta el momento, una elaboración dogmática conjunta, que las establezca de forma similar a los derechos fundamentales en los Estados miembros. Aunque la doctrina ha discutido acerca de su naturaleza jurídica, planteándose su posible identificación o cualificación como derechos fundamentales<sup>933</sup>, el Tribunal de Justicia no ha utilizado esta denominación en relación con su

---

<sup>930</sup> En el primer sentido, BARNARD, Catherine; *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, op. cit., 2010. En el segundo, BAQUERO CRUZ, Julio; *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2002, p. 64 y ss.

<sup>931</sup> STJCE de 10 de enero de 1985, *Leclerc* (C-229/83), párrafo 9.

<sup>932</sup> La libre circulación de capitales (art. 63 TFUE) no se analiza en este trabajo, quedando fuera del objeto definido. La libre circulación de trabajadores (art. 45 TFUE) y de personas (art. 21 TFUE) se analizará posteriormente en relación con su componente social, véase *infra* Sección I.C.iii..

<sup>933</sup> POIARES MADURO describe la libre circulación de bienes como un “derecho fundamental político” y una “libertad fundamental económica”. KINGREEN define a estas libertades como derechos públicos subjetivos, y BAQUERO CRUZ las considera derechos constitucionales, aunque no fundamentales. Al margen de su naturaleza, OLIVER pone énfasis en su importancia en el Tratado en relación con otros contenidos. Véase POIARES MADURO, Miguel; *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, op. cit., 1998, p. 166. KINGREEN, Thorsten; “Fundamental Freedoms”, en VON BOGDANDY, Armin; BAST, Jürgen (eds.); *Principles of European*

vertiente económica, refiriéndose sólo una vez a la libre circulación de trabajadores como tal<sup>934</sup>. El desarrollo de la jurisprudencia acerca del contenido de estas libertades ha generado, no obstante, una cierta convergencia en su estructura y en la valoración de las obligaciones que imponen a los Estados miembros: todas ellas suponen la prohibición de establecer restricciones a la realización de actividades económicas por nacionales de otros Estados miembros en el propio territorio, previéndose ciertas razones que pueden justificar su excepción, y valorando el Tribunal la necesidad y proporcionalidad de tales excepciones en atención a los objetivos perseguidos.

Así, la libre circulación de bienes se establece a través de la prohibición de derechos de aduana o exacciones de efecto equivalente (art. 30 TFUE) y de restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente a la importación y la exportación de bienes (arts. 34 y 35 TFUE), previéndose al mismo tiempo las razones de excepción posibles (art. 36 TFUE)<sup>935</sup>. La misma estructura se observa en relación con las demás libertades: por un lado se fija la prohibición de restricción a la libre prestación de servicios realizados por una persona establecida en un Estado miembro distinto al del receptor (art. 56 TFUE); por otro lado, se prohíben las restricciones al libre establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro (art. 49 TFUE), admitiéndose en ambos casos las restricciones justificadas por razones de “orden público, seguridad y salud públicas” (arts. 52 y 62 TFUE).

La expansión del alcance de estas libertades ha tenido su punta de lanza en la interpretación de la libre circulación de bienes, que ha constituido durante largo tiempo el foco principal de la jurisprudencia del Tribunal. Además de un concepto amplio de mercancías<sup>936</sup>, el Tribunal ha adoptado una interpretación extensiva del concepto de “medidas de efecto equivalente” (art. 34 TFUE), considerando como tales “todas las reglas de comercio establecidas por los Estados miembros, que sean capaces de dificultar, directa o

---

*Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2010 (2ª ed.), p. 549. BAQUERO CRUZ, Julio; *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*, op. cit., 2002, p. 81. OLIVER, Peter; ROTH, Wulf-Henning; “The Internal Market and the Four Freedoms”, en *Common Market Law Review*, vol. 41, 2004, p. 410.

<sup>934</sup> Véase la STJCE de 13 de julio de 1983, *Forcheri c. Bélgica* (C-152/82). En otros casos utiliza términos como “libertades fundamentales”, “principios fundamentales del Tratado”, “previsión fundamental de la Comunidad”, o “uno de los fundamentos de la Comunidad”.

<sup>935</sup> Se trata del orden público, la moralidad y seguridad públicas, la protección de la salud y la vida de las personas y animales, la preservación de los vegetales, la protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional, y la protección de la propiedad industrial y comercial (art. 36 TFUE).

<sup>936</sup> El concepto de bienes o mercancías ha sido definido de forma amplia, incluyendo los productos que pueden ser valorados en dinero y que son capaces, como tales, de ser objeto de transacciones comerciales. Véase la STJCE de 10 de diciembre de 1968, *Comisión c. Italia* (C-7/68).

indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario” (sentencia *Dassonville*<sup>937</sup>). Ello ha implicado una gran ampliación de este concepto, que atrapa a todas las regulaciones estatales del mercado bajo el control del Tribunal, lo que se extiende todavía más a través del principio de reconocimiento mutuo, obligando a los Estados a aceptar los productos provenientes de otro Estado miembro sin establecer regulaciones restrictivas a su entrada, presumiendo que la normativa de origen cumple estándares similares a los nacionales<sup>938</sup>. El Tribunal admite, asimismo, la alegación por los Estados de “exigencias imperativas” o “motivos imperiosos de interés general” que justifiquen sus regulaciones restrictivas, pero se reserva la definición de tales razones, así como la valoración de su proporcionalidad y, en definitiva, de su admisibilidad.

El mismo razonamiento se produce en relación con las demás libertades, ampliando el Tribunal su ámbito de aplicación y considerando todas las regulaciones estatales –o incluso de asociaciones o corporaciones sin carácter público- como restricciones que deben ser justificadas en atención a los motivos admitidos y respetar la proporcionalidad. La libertad de establecimiento (art. 49 TFUE), que implica el derecho de los individuos autónomos y de las empresas a realizar una actividad económica en otro Estado miembro, a través de un establecimiento fijo y por un período indefinido<sup>939</sup>, ha sido valorada por el Tribunal en relación con las medidas estatales restrictivas, considerando como tales cualquier regulación del mercado que suponga una dificultad o desincentivo en el acceso al mercado nacional por los operadores extranjeros<sup>940</sup>. La libertad de servicios (art. 56 TFUE), comprendiendo todas las actividades económicas que no caigan bajo el ámbito de las otras libertades siempre que se

---

<sup>937</sup> Véase la conocida STJCE de 11 de Julio de 1974, *Dassonville* (C-8/74), en la que el Tribunal establece la fórmula que sería posteriormente utilizada en la jurisprudencia sobre mercancías y que sería trasladada a otros ámbitos de la libre circulación. Ello implica la aplicación de esta libertad a todas las reglas de comercio (no de producción), incluyéndose también medidas establecidas por prácticas nacionales administrativas. La afectación del comercio intracomunitario debe ser actual o potencial, no existiendo una regla *de minimis* que excluya la aplicación de esta libertad por una afectación insignificante del comercio (STJCE de 22 de octubre de 1998, *Comisión c. Francia (foie-gras)*, C-184/96).

<sup>938</sup> Véase la STJCE de 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon* (C-120/78), donde el Tribunal obliga al Gobierno alemán a aceptar en su territorio la comercialización de un licor francés que no cumplía exactamente con la normativa alemana sobre este tipo de bebidas.

<sup>939</sup> STJCE de 25 de julio de 1991, *Factortame II* (C-221/89). El concepto de establecimiento se ha interpretado de forma amplia, permitiendo al nacional participar, sobre una base estable y continuada, en la vida económica de un Estado miembro distinto al de su origen, contribuyendo a la interpenetración social y económica de la Comunidad (STJCE de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, C-55/94). El Tribunal exige que haya una presencia permanente en el otro Estado miembro (STJCE de 14 de septiembre de 2006, *Stauffer*, C-386/04).

<sup>940</sup> Véanse, en relación con los individuos autónomos, las SSTJCE de 21 de junio de 1974, *Reyners* (C-2/74), de 19 de enero de 1988, *Gullung*, C-292/86, o de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard* (C-55/94). En relación con las empresas véanse las SSTJCE de 25 de julio de 1991, *Factortame II*, (C-221/89), de 9 de marzo de 1999, *Centros* (C-212/97); o de 5 de noviembre de 2002, *Uberseering* (C-208/00).

presten contra remuneración y sobre una base temporal (art. 57 TFUE), ha sido objeto también de una interpretación extensiva, considerándose que el Estado no puede establecer requerimientos específicos a los proveedores extranjeros ni exigirles condiciones que supongan una doble carga<sup>941</sup>, y rechazándose asimismo las medidas que simplemente les impidan o dificulten el acceso al mercado<sup>942</sup>.

El desarrollo jurisprudencial de estas libertades supone así el establecimiento de opciones constitucionales acerca del grado de regulación que se admite en el mercado, y de la competencia de los Estados miembros para realizarla<sup>943</sup>. La concepción de estas libertades pasa de una consideración como derechos de igualdad –que prohíben las medidas nacionales discriminatorias respecto a productos o servicios extranjeros, evitando acciones proteccionistas-, a una comprensión más amplia como derechos de libertad, que considera también las regulaciones no proteccionistas como restrictivas de su contenido, exigiendo su eliminación en cuanto desincentivan el acceso al mercado, a pesar de que se apliquen también a los operadores nacionales<sup>944</sup>. El Tribunal se ha movido, en su jurisprudencia, en una evolución desde un test discriminatorio con ciertos matices a un test más incisivo de acceso al mercado, en que la consideración inicial de las medidas estatales se sustituye por una visión ideológica sobre el carácter negativo de todas las restricciones al comercio, evaluándose únicamente si la medida estatal constituye un obstáculo injustificado a la libertad económica –independientemente de su carácter proteccionista-. Ello tiene consecuencias, como se verá, en relación con las facultades reguladoras de los Estados, que deben ahora adecuarse al respeto de estos elementos supranacionales.

---

<sup>941</sup> Por ejemplo, la STJCE de 4 de diciembre de 1984, *Comisión c. Alemania* (C-205/84), donde la sujeción de la prestación de servicios al establecimiento y autorización en el Estado alemán se considera indirectamente discriminatoria para los prestadores extranjeros.

<sup>942</sup> Véase la STJCE de 24 de marzo de 1994, *Schindler* (C-275/92), donde la legislación británica que en aquel momento prohibía la celebración de grandes loterías, se consideró un obstáculo a la libertad de servicios que impedía el acceso al mercado a los operadores extranjeros, si bien se consideró justificada por razones nacionales. Ya en la STJCE de 25 de julio de 1991, *Säger* (C-76/90) el Tribunal había considerado que el artículo 49 TCE requería, no sólo la eliminación de toda discriminación por razón de nacionalidad, sino también la abolición de toda restricción, aunque se aplique a todos los proveedores nacionales y extranjeros, cuando pueda prohibir o impedir las actividades del proveedor de servicios establecido en otro Estado miembro (párrafo 12).

<sup>943</sup> POIARES MADURO. Miguel; *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, op. cit., 1998, p. 34 y ss, quien destaca las distintas lecturas posibles de esta libertad, y la afectación que ello supone en la Constitución económica de la Unión.

<sup>944</sup> Véase sobre ello EHLERS, Dirk; “General Principles”, en EHLERS, Dirk; (ed.); *European Fundamental Rights and Freedoms*, Walter de Gruyter, Berlin, 2007, p. 185 y ss. La noción de acceso al mercado es no obstante confusa, y ha sido criticada en la doctrina, por cuanto se utiliza por el Tribunal y los Abogados Generales en sentidos diversos. Véase SNELL, Jukka; “The Notion of Market Access: A Concept or a Slogan?”, en *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, p. 437 y ss.

Junto a las libertades de circulación, las obligaciones relativas al orden económico en el Derecho de la Unión vienen determinadas por las normas de la competencia, que condicionan diversos aspectos del ámbito económico, orientándose asimismo hacia el objetivo del mercado interior. En el marco de la construcción de este mercado, la garantía de la competencia aparece como el aseguramiento de las oportunidades de las empresas de competir en mercados no nacionales, abriendo las economías estatales y resultando en una mejora de la eficiencia económica, con la posibilidad de realizar economías de escala. Si inicialmente podían existir distintas visiones conflictivas sobre estas normas, considerándose como una política que dependía de su desarrollo por la Comunidad o como normas que limitaban directamente a los poderes públicos<sup>945</sup>, posteriormente se han revelado como una de las políticas más relevantes de la Unión, que ha quedado constitucionalizada con la atribución de efecto directo a sus disposiciones –dependiendo su aplicación no obstante en parte de la Comisión-<sup>946</sup>.

La previsión de las normas de la competencia en el Tratado se realiza teniendo en cuenta la división entre actividad pública y privada, distinguiendo entre ciertas disposiciones aplicables a las empresas (Sección Primera del Capítulo 1 del Título VII) y otras que se aplican a los Estados (Sección Segunda del Capítulo 1 del Título VII). Entre las primeras se encuentran la prohibición de acuerdos entre empresas y prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (art. 101 TFUE); la prohibición de explotación abusiva de una posición dominante en el mercado interior, que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros (art. 102 TFUE); y la sumisión de las empresas públicas o beneficiarias de derechos especiales o exclusivos a las reglas de la competencia (art. 106.1 TFUE), así como de las empresas encargadas de servicios de interés económico general, salvo que ello impida el cumplimiento de su misión de interés general (art. 106.2 TFUE). El segundo bloque de normas se refiere a la prohibición de las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, siempre que falseen o amenacen falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o producciones, y en la medida en que

---

<sup>945</sup> La primera visión era defendida por Francia, quien consideraba la competencia como una política que se aplicaría en función de las necesidades de la economía, de acuerdo con intereses definidos por el poder público. La segunda visión correspondía a Alemania, quien consideraba las normas de la competencia como normas constitucionales que el poder público debía respetar. Véase JOERGES, Christian; “La Constitution économique européenne en processus et en procès”, en *Revue internationale de droit économique*, vol. 3, 2006, p. 256.

<sup>946</sup> Véanse las SSTJCE de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser*, C-41/90; y de 18 de junio de 1991, *ERT*, C-260/89). El régimen de exenciones y la persecución del cumplimiento de estos artículos corresponde a la Comisión (arts. 103 a 105 TFUE).

afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros (art. 107.1 TFUE) y no se hallen incluidas entre las excepciones previstas (art. 107.2 TFUE), las excepciones posibles (art. 107.3 TFUE), o las categorías exceptuadas según la Comisión<sup>947</sup>.

Las normas contenidas en la Sección Primera, a pesar de referirse a las conductas de empresas, tienen incidencia también sobre la actuación de los Estados. La prohibición de las conductas referidas en los artículos 101 y 102 TFUE se ha extendido a las conductas reguladoras estatales, a través de una interpretación conjunta con el principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE) que obliga a los Estados a no establecer ni mantener en vigor medidas que puedan eliminar la eficacia de estas normas. En la denominada “doctrina de la acción estatal anticompetitiva”, el Tribunal ha sometido las conductas estatales de regulación del mercado a las exigencias de la competencia, considerando que “el régimen de mercado único que establece el Tratado excluye (...) cualquier normativa nacional que dificulte directa o indirectamente, actual o potencialmente, al comercio intracomunitario”<sup>948</sup>. Ello implica, como se verá, para los Estados, la limitación de sus facultades reguladoras, no pudiendo éstas generar prácticas anticompetitivas en las empresas, o hacer irrelevantes tales prácticas con la propia normativa estatal.

Al margen de estas conductas reguladoras, las normas de la competencia se aplican a los poderes nacionales a través del artículo 106 TFUE, que hace referencia a las actuaciones estatales en relación con las empresas públicas y aquéllas a las que concedan derechos especiales o exclusivos (art. 106.1 TFUE), también cuando estén encargadas de servicios de interés económico general o tengan carácter de monopolio fiscal (art. 106.2 TFUE)<sup>949</sup>. De acuerdo con su primer apartado, los Estados no pueden adoptar ni mantener respecto a las empresas mencionadas medidas que sean contrarias a las normas del Tratado, especialmente

---

<sup>947</sup> En concreto, se consideran compatibles con el Tratado las ayudas otorgadas a consumidores individuales no discriminatorias, las ayudas destinadas a reparar desastres naturales u otros acontecimientos de carácter excepcional, y las ayudas destinadas a favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania (art. 107.2 TFUE). Asimismo, pueden exceptuarse las ayudas para favorecer el desarrollo de regiones en que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en que exista una grave situación de subempleo, las ayudas para fomentar un proyecto de interés común o para poner remedio a una grave perturbación de la economía de un Estado miembro, las ayudas destinadas al desarrollo de determinadas actividades o regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios de forma contraria al interés común, las ayudas destinadas a promover la cultura y conservación del patrimonio, y las demás categorías de ayudas que determine el Consejo, a propuesta de la Comisión (art. 107.3 TFUE). El Consejo ha delegado en la Comisión este poder, a través del Reglamento del Consejo 994/98/CE, de 7 de mayo de 1998.

<sup>948</sup> Véase la STJCE de 16 de noviembre de 1977, *GB-Inno-BM* (C-13/77).

<sup>949</sup> El artículo 106.2 TFUE se dirige aparentemente sólo a las empresas mencionadas, y no a los Estados, pero en realidad comprende también los comportamientos de los Estados en relación con ellas, siendo el concepto de “empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general” sólo definidor de su materia, pero no de su ámbito personal. Por ello, este artículo puede ser invocado por los Estados en sus relaciones con estas empresas, o bien por las mismas empresas de forma independiente.

la prohibición de discriminación por nacionalidad y las normas de la competencia. De acuerdo con su segundo apartado, los Estados no pueden someter las empresas citadas a un régimen distinto al de la competencia, salvo que la aplicación de estas normas impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica que tienen encomendada –el servicio de interés económico general-. La expansión del concepto de empresa en la jurisprudencia, junto con la consideración restrictiva de la excepción del artículo 106.2 TFUE, conducen, como se verá, a una situación en que los Estados pierden la facultad de determinar el régimen jurídico aplicable a sus actividades o a ciertos sectores de actividad económica, quedando ahora todas ellas sometidas a un régimen determinado previamente de acuerdo con las exigencias de la competencia. Ello afecta y modifica los instrumentos de realización de la procura existencial propios del Estado social, cuya incidencia queda limitada ante la actividad económica<sup>950</sup>.

### iii. Las obligaciones en el orden social

Junto a las obligaciones relativas al orden económico, el Derecho primario de la Unión contiene disposiciones que conllevan opciones determinadas en la configuración del orden social, condicionando las actividades estatales de procura existencial. Las obligaciones que aparecen en el marco estatal no se reproducen a nivel de la Unión –que no tiene competencias independientes en esta materia-, pero sí existen disposiciones que indican determinados rasgos de la configuración social que deben realizar los Estados, añadiéndose al contenido que deriva del marco jurídico nacional. Así se refleja en las disposiciones sobre libre circulación de trabajadores y ciudadanos de la Unión, que exigen una configuración de los regímenes sociales que no la obstaculice, y más recientemente en la Carta de Derechos Fundamentales, que contiene derechos y principios sociales en el ámbito de la igualdad y de la solidaridad<sup>951</sup>.

La libertad de circulación de los trabajadores se reconoce en el artículo 45 TFUE (apartado 1), que establece además la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, a la retribución y a las condiciones de trabajo (apartado 2). Se incluyen en su contenido el derecho a responder a ofertas efectivas de trabajo, a desplazarse libremente con este fin, a residir en uno de los Estados miembros para ejercer en él un empleo, y a permanecer en él después de haberlo ejercido, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecerse por razones de orden público, seguridad y salud públicas (apartado 3).

<sup>950</sup> Véase sobre ello *infra* Sección IV.B.

<sup>951</sup> Las obligaciones sociales que contiene el Derecho derivado no se tratan en este trabajo, que se ciñe a los principios estructurales contenidos en el Derecho primario de la Unión.

El Tribunal ha realizado también una interpretación extensiva de esta libertad, a través de la ampliación de sus titulares y su contenido, adquiriendo una cierta dimensión que sobrepasa su dimensión inicial ligada a la construcción del mercado. En relación con sus titulares, el concepto de trabajador se ha interpretado de forma amplia, considerando como tal a cualquier persona que se halle en una relación de subordinación respecto a un empresario o empleador, realizando “servicios para y bajo la dirección de otra persona a cambio de los cuales recibe remuneración”<sup>952</sup> e independientemente de la naturaleza jurídica de la relación<sup>953</sup>. El trabajador debe estar contratado en una actividad económica genuina y efectiva, que no sea puramente marginal o auxiliar, pero el Tribunal atribuye habitualmente un sentido extensivo a este concepto<sup>954</sup>, buscando la máxima efectividad de dicha libertad e incluyendo como titulares a las personas en búsqueda de empleo, quienes tienen derecho a permanecer en otro Estado miembro durante un tiempo para buscar un puesto de trabajo<sup>955</sup>.

Los derechos que esta libertad confiere han sido desarrollados a través de diversos instrumentos de Derecho derivado<sup>956</sup>, hallándose actualmente en el Reglamento 1408/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad y en la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo 2004/38/CE, de 19 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Estos instrumentos establecen, por una parte, un derecho a la igualdad en el acceso a un empleo en otro Estado miembro, y por otra parte, un derecho a la igualdad durante la relación de trabajo,

---

<sup>952</sup> STJCE de 3 de julio de 1986, *Laurie-Blum* (C-66/85).

<sup>953</sup> STJCE de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu* (C-152/73), donde se establece que la relación puede ser de Derecho público o de Derecho privado. La libre circulación de trabajadores no se aplica, no obstante, a los empleos de la Administración pública (art. 45.4 TFUE).

<sup>954</sup> Se han considerado como tales, por ejemplo, el fútbol profesional, la prostitución, el seguimiento de prácticas profesionales, y otros tipos de formación práctica. Véase BARNARD, Catherine; *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, op. cit., 2010, p. 266.

<sup>955</sup> Este derecho depende de la legislación de cada Estado miembro, pero deben darse al menos tres meses para buscar empleo (art. 64 Reglamento 883/04), y una vez expirado el período previsto en la legislación nacional no puede procederse a la expulsión automática de la persona si ésta muestra que continua buscando trabajo y que tiene posibilidades reales de ser contratada. Véase la STJCE de 20 de febrero de 1995, *Comisión c. Bélgica* (C-344/95). Ello se recoge posteriormente en la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo 2004/38/CE, de 19 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (art. 7.3).

<sup>956</sup> Éstos incluyen la Directiva del Consejo 68/360/CEE, de 15 de octubre de 1968, sobre la abolición de restricciones en la circulación y residencia en la Comunidad para los trabajadores de los Estados miembros y sus familias; el Reglamento de la Comisión 1251/70, de 29 de junio de 1970, sobre el derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido un empleo; y el Reglamento 1612/68, ya citado. Los dos primeros instrumentos y los artículos 10 y 11 del Reglamento 1612/68 han sido derogados y reemplazados por la Directiva 2004/38.

que se extiende a las condiciones de empleo, a las ventajas fiscales y a las ventajas sociales, no pudiendo los trabajadores de otros Estados miembros ser discriminados en relación con estas condiciones por razón de su nacionalidad.

Los derechos que implica esta libertad así desarrollada han sido objeto de una interpretación extensiva, ampliándose asimismo su alcance a otros sujetos. En relación con el contenido de estos derechos, su extensión se ha producido a través de la interpretación del término “ventaja social” del artículo 7.2 del Reglamento 1612/68 –que atribuye a los trabajadores de otros Estados miembros “las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales”-, que incluye, según se ha considerado, todas las prestaciones que se garantizan a los trabajadores nacionales por razón de su estatuto de trabajadores o en virtud de su residencia, estén o no ligadas al contrato de trabajo, y que pueden facilitar la movilidad dentro de la Unión o contribuir a integrar el trabajador migrante en el Estado de acogida<sup>957</sup>. También la igualdad en el acceso a la “formación profesional” (art. 7.3 Reglamento 1612/68) se ha definido de forma amplia, incluyendo toda forma de educación que prepare al individuo para una cualificación o para una profesión, comercio o empleo particular, y comprendiendo las tasas de inscripción en dicha formación, que no pueden ser distintas para los no nacionales<sup>958</sup>. La extensión de los titulares de este derecho se ha producido, paralelamente, por la inclusión en el mismo de los familiares del trabajador, puesto que ello se considera esencial para fomentar la circulación de trabajadores y para integrar a su familia en la sociedad del Estado de acogida<sup>959</sup>.

El desarrollo de la libre circulación de trabajadores no puede esconder, no obstante, su carácter esencialmente ligado a una actividad económica, cuya extensión a los individuos económicamente inactivos, a pesar iniciarse en cierta forma por la jurisprudencia –incluyendo a los familiares y a las personas que buscan trabajo-, se hallaba antes de 1992 todavía

<sup>957</sup> STJCE de 31 de mayo de 1979, *Even* (C-207/78), párrafo 22. Se han reconocido así derechos lingüísticos, prestaciones por defunción, derechos a ser acompañados por la pareja de hecho, o prestaciones por hijo. Ello ha cuestionado la división entre prestaciones exportables y no exportables establecida por la normativa de coordinación de los regímenes de seguridad social, en concreto el Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo 883/04, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, que ha remplazado el anterior Reglamento del Consejo 1408/71/CEE, de 14 de junio de 1971. Véase BARNARD, Catherine; *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, op. cit., 2010, p. 282.

<sup>958</sup> STJCE de 13 de febrero de 1985, *Gravier* (C-293/83). En sentido similar, la normativa de Austria que permitía a los nacionales acceder libremente a la enseñanza universitaria, y exigía a los no nacionales requisitos más estrictos, ha sido considerada indirectamente discriminatoria y no justificada, a pesar de las razones alegadas de evitar una avalancha de estudiantes extranjeros que ello produciría (STJCE de 7 de julio de 2005, *Comisión c. Austria*, C-147/03).

<sup>959</sup> Véase por ejemplo la STJCE de 12 de julio de 1984, *Castelli* (C-261/83), donde se considera que el concepto de “ventaja social” debe incluir una pensión para la mujer del trabajador, aunque no tenga la nacionalidad y no haya trabajado en el Estado de acogida.

condicionada a fuertes reservas que no podían superarse a través del concepto de trabajador<sup>960</sup>. La ampliación de la libre circulación a nuevos sujetos a través de las Directivas de residencia de 1990<sup>961</sup> se realizó condicionada a la prueba de recursos suficientes y de un seguro médico –evitando el riesgo de que supusieran una carga para los sistemas sociales nacionales-, y no sería hasta el Tratado de Maastricht, con la introducción de la ciudadanía de la Unión (art. 20 TFUE), cuando ello empezaría a modificarse, a través de una interpretación del Tribunal de Justicia que ha extendido notablemente el ámbito de aplicación personal y material del Tratado.

La ciudadanía de la Unión se establece actualmente en el artículo 20 TFUE, atribuyéndose a todo nacional de un Estado miembro, y comprendiendo los derechos que se prevén en los artículos 21 a 24 TFUE<sup>962</sup>. Se reconoce, de forma relevante, el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros “con sujeción a las limitaciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación” (art. 21.1 TFUE), y una prohibición general de discriminación por razón de nacionalidad que se refiere al “ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos” (art. 18 TCE). El Tribunal ha elaborado a partir de estas disposiciones una construcción que atribuye a todos los ciudadanos un derecho de circulación y residencia en otro Estado miembro –independientemente de su actividad-, y del cual deriva, al mismo tiempo, el derecho a recibir en él el mismo trato que los nacionales: ello resulta en una ampliación del ámbito personal y material del Tratado, por la que todos los ciudadanos legalmente residentes en otro Estado miembro pueden, como se verá, reclamar el acceso a prestaciones sociales, debiendo el Estado otorgar dichas prestaciones y servicios en

---

<sup>960</sup> El ejercicio de una actividad económica genuina y efectiva era todavía un requisito para acceder a las prestaciones por los trabajadores; el estatuto de los sujetos que buscaban trabajo era todavía inferior al de los trabajadores; y el acceso a la formación profesional era garantizado sólo si tenía relación con el trabajo realizado previamente. Véase WOLLENSCHLÄGER, Ferdinand; “A New Fundamental Freedom beyond Market Integration: Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration”, en *European Law Journal*, vol. 17, 2011, p. 11.

<sup>961</sup> Se trata de la Directiva del Consejo 90/364/CEE, de 28 de junio de 1990, sobre el derecho de residencia para personas con recursos suficientes; la Directiva del Consejo 90/365/CEE, de 28 de junio de 1990, sobre el derecho de residencia para empleados y autónomos que han cesado su actividad profesional; y la Directiva del Consejo 93/96/CEE, de 29 de octubre de 1993, sobre el derecho de residencia de los estudiantes. Estas directivas han sido derogadas y reemplazadas por la ya citada Directiva del Parlamento europeo y del Consejo 2004/38/CE, de 19 de abril de 2004, sobre derechos de los ciudadanos.

<sup>962</sup> En concreto, se trata del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (art. 21 TFUE), del derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida (art. 22 TFUE), del derecho de protección diplomática y consular por las autoridades de cualquier Estado miembro cuando el Estado miembro del nacional no esté representado en el territorio en cuestión (art. 23 TFUE), y del derecho a presentar una iniciativa ciudadana, de petición al Parlamento europeo y de dirigirse al Defensor del Pueblo europeo (art. 24 TFUE).

condiciones de igualdad entre los propios nacionales y los demás ciudadanos de la Unión. Las obligaciones de procura existencial se amplían así para los Estados miembros, ampliando la titularidad de las mismas a los nacionales de otros Estados miembros<sup>963</sup>.

Las obligaciones sociales que derivan de la libre circulación de trabajadores y de los ciudadanos de la Unión se complementan con los derechos y principios establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales (2000)<sup>964</sup>, que adquiere valor vinculante con el Tratado de Lisboa y tiene capacidad por tanto para determinar las obligaciones de los poderes públicos en la actividad de configuración social. Los intentos anteriores de codificación de derechos sociales, así como la ampliación de los objetivos sociales y la introducción de bases jurídicas para actuar en materia social, habían permitido el desarrollo de ciertos instrumentos de Derecho derivado, pero no la inserción de obligaciones y derechos en forma positiva y con carácter jurídico vinculante en los Tratados. Tampoco los derechos sociales habían tenido un amplio reconocimiento como principios generales del Derecho comunitario en la jurisprudencia del Tribunal, estableciéndose sólo como tales el libre ejercicio de la actividad profesional y la libertad sindical –derechos sociales de libertad-<sup>965</sup>: la jurisprudencia del Tribunal había contribuido con una interpretación amplia y garantista de la normativa existente<sup>966</sup>, pero los derechos sociales no habían tenido en este esquema un reconocimiento autónomo sólido, que pudiera hacer frente a las disposiciones del Derecho primario.

La inclusión de derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales puede contribuir a una cierta modificación de esta situación, en un efecto de puesta en común de los

<sup>963</sup> Véase sobre este desarrollo *infra* Sección III.A.iii.

<sup>964</sup> La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, en forma de Declaración común de la Comisión, el Parlamento europeo y el Consejo. Posteriormente, la Carta fue revisada por la Convención sobre el Futuro de la Unión, donde el grupo Vitorino, a pesar de tener sólo el mandato de reflexionar sobre su estatuto jurídico, concluyó la incorporación de la Carta al Tratado Constitucional como Parte II, realizando al mismo tiempo adaptaciones sustantivas de sus artículos, especialmente en cuanto al campo de aplicación (art. 51) y al alcance e interpretación de los derechos y principios (art. 52). La aprobación del Tratado de Lisboa, con el que finalmente adquiere valor jurídico vinculante, implicó también una adaptación de la Carta, proclamada el 12 de diciembre de 2007. Es esta última versión la que adquiere valor jurídico (art. 6.1 TUE).

<sup>965</sup> Véase en relación con la libertad profesional la STJCE de 14 de mayo de 1974, *Nold* (C-4/73) y la STJCE de 13 de diciembre de 1979, *Hauer* (C-44/79). En relación con la libertad sindical, véase la STJCE de 28 de octubre de 1975, *Rutili* (C-36/75). NAZET-ALLOUCHE, Dominique; “La Cour de Justice des Communautés Européennes et les droits sociaux fondamentaux”, en GAY, Laurence; MAZUYER, Emmanuelle; NAZET-ALLOUCHE, Dominique (dirs.); *Les droits sociaux fondamentaux: entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, 2006, p. 220 y ss.

<sup>966</sup> La jurisprudencia del Tribunal ha sido especialmente importante en relación con la garantía de la igualdad en relación con el trabajo, tanto en el ámbito de la libre circulación como en la relación de trabajo (remuneraciones, condiciones laborales), y también en la protección del trabajador, especialmente en cuanto a su información sobre el contrato de trabajo, la protección de su salud y seguridad, y la preservación de la relación de trabajo en casos de despido colectivo o transferencia de empresas. Véase LENAERTS, Koen; “Le développement de l’Union sociale européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice”, en *ERA Forum*, 2008, vol. 9, p. 63 y ss.

elementos que los Estados miembros consideran esenciales para la procura existencial y que obtienen relevancia jurídica a nivel del Derecho primario. Si la elaboración de la Carta partió de un mandato de codificación de los derechos existentes, con el fin de dotarlos de mayor visibilidad –lo que implica que los derechos reconocidos formaban ya parte del *acquis communautaire*<sup>967</sup>, la Convención elaboró no obstante un trabajo de “revelación de derechos” con notable creatividad, inspirándose en las tradiciones constitucionales nacionales y en los Tratados internacionales –especialmente el Convenio Europeo de Derechos Humanos-, y teniendo en cuenta los derechos sociales contenidos en la Carta Social Europea y la Carta comunitaria de derechos fundamentales de los trabajadores<sup>968</sup>. La Carta tiene, por ello, una función de consolidación de los derechos ya afirmados, pero puede al mismo tiempo ejercer una función performativa, actuando como instrumento de orientación e impulso al desarrollo de estos contenidos<sup>969</sup>.

Los derechos sociales se establecen en la Carta junto a los derechos civiles y políticos, basando su contenido en “los valores indivisibles e universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad” (párrafo segundo del Preámbulo)<sup>970</sup>. Los derechos reconocidos se organizan en diversos Títulos –“Dignidad”, “Libertades”, “Igualdad”, “Solidaridad”, “Ciudadanía” y “Justicia”-, incluyéndose derechos sociales de distintos tipos: se establecen, en el ámbito de las “Libertades”, la libertad de asociación y sindicación (art. 12), el derecho a la educación (art. 14), y la libertad profesional (art. 15); a lo que se añaden los derechos en el ámbito de la “Igualdad”<sup>971</sup> y los derechos proclamados en el ámbito de la

<sup>967</sup> Véanse las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Colonia, de 3 y 4 de junio de 1999, donde se establece el mandato de elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales en estos términos (Anexo IV).

<sup>968</sup> Así lo exigía el mandato del Consejo Europeo, siempre que los derechos sociales no establecieran sólo meros objetivos. Véase DE KERCHOVE, Gilles; “L’initiative de la Charte et le processus de son élaboration”, en CARLIER, Jean-Yves; DE SCHUTTER, Olivier (eds.); *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Son apport à la protection des droits de l’homme en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 33.

<sup>969</sup> Así lo indica Carta, POIARES MADURO, Miguel; “The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, en HERVEY K., Tamara; KENNER, Jeff (eds.); *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*, op. cit., 2003, p. 269 y ss.

<sup>970</sup> PONTTHOREAU, Marie-Claire; “Le principe d’indivisibilité des droits. L’apport de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux”, *Revue française de Droit administratif*, 2003, p. 928 y ss.

<sup>971</sup> Se reconocen el derecho de igualdad ante la ley (art. 20) y no discriminación (art. 21), la protección de la diversidad cultural y lingüística (art. 22), la igualdad entre mujeres y hombres (art. 23), y una serie de derechos de colectivos como los niños (art. 24), las personas mayores (art. 25) y las personas discapacitadas (art. 26).

“Solidaridad”, que comprenden tanto aspectos relativos a la relación laboral<sup>972</sup>, como otros derechos de protección social y acceso a servicios<sup>973</sup>.

La aplicación e interpretación de estos derechos viene condicionada por las disposiciones horizontales de la Carta, que determinan su ámbito de aplicación y el alcance y nivel de protección que debe dárseles, matizando en cierta medida los efectos de los derechos sociales. Pero su configuración hace posible, como se verá, una interpretación de la Carta que puede actuar con una eficacia negativa frente a los poderes de la Unión en materia social, protegiendo así los derechos sociales y la legislación social existente a nivel estatal ante las disposiciones económicas del Derecho primario. El derecho de la Unión contiene, por tanto, también principios estructurales que suponen obligaciones para los Estados en el orden social, y que se añaden a la actividad social que realiza el Estado. Su previsión tiene efectos, como se verá, sobre la obligación de procura existencial, reduciendo y ampliando varios de sus aspectos, y alterando los componentes de la misma establecidos en cada uno de los Estados.

## **SECCIÓN II. LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL FIN DE IGUALDAD REAL DEL ESTADO**

La influencia del Derecho de la Unión sobre los rasgos definidores del Estado social se expresa, en primer lugar, en relación con el principio de igualdad, como elemento que, establecido a nivel europeo, adquiere un contenido propio que puede influir en los sistemas estatales. La influencia del Derecho de la Unión sobre la orientación axiológica del Estado viene determinada, como se ha visto, por múltiples disposiciones –los valores y objetivos de la Unión-, pero entre ellos destaca, por su relevancia en el Estado social, el principio de igualdad y no discriminación, que encierra una idea concreta de la relación entre el poder público y el individuo, y de las obligaciones que tiene el Estado con respecto a la sociedad. Como se verá, este principio adquiere un amplio desarrollo a nivel de la Unión, centrado en la

---

<sup>972</sup> En concreto, el derecho a la información y consulta de los trabajadores (art. 27), el derecho de negociación y acción colectiva (art. 28), la protección en caso de despido injustificado (art. 30), condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31), la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo (art. 32).

<sup>973</sup> Se reconocen derechos relativos al acceso a los servicios de colocación (art. 29), a la vida familiar y profesional (art. 33), a la seguridad social y ayuda social (art. 34), a la protección de la salud (art. 35), al acceso a servicios de interés económico general (art. 36), a la protección del medio ambiente (art. 37), y a la protección de los consumidores (art. 38). No se reconocen, en cambio, algunos derechos que sí prevé la Carta Social Europea revisada, como el derecho de los representantes de los trabajadores a la protección en la empresa contra los actos que les pudieran perjudicar; el derecho de las personas mayores a una protección social, la protección contra el acoso en el trabajo, o la protección del salario de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario, siendo estas dos últimas cuestiones objeto en cambio de legislación en el Derecho derivado (Directivas 2000/78/CE y 2000/43/CE ya citadas, y Directiva 80/987/CE, de 20 de octubre de 1980).

eliminación de discriminaciones individuales (apartado A), pero implica al mismo tiempo una concepción concreta de la igualdad, que pone un menor énfasis en las desigualdades entre grupos sociales generadas por el propio sistema económico, lo que puede influir en la realización de la igualdad real a nivel nacional (apartado B).

### **A. El desarrollo del principio de igualdad en el ordenamiento de la Unión**

El principio de igualdad y no discriminación constituye uno de los elementos fundamentales del Derecho de la Unión Europea, establecido de forma limitada en los Tratados constitutivos, y extendido posteriormente a otros ámbitos. El desarrollo de este principio, ligado inicialmente a la construcción del mercado y dotado posteriormente de un fundamento autónomo, muestra la evolución de la Unión en esta materia, ampliando cada vez más su ámbito de aplicación y estableciendo conceptos poco conocidos en los Estados miembros.

El principio de igualdad y no discriminación se establece actualmente en múltiples preceptos del Tratado, así como en la Carta de Derechos Fundamentales. Su desarrollo se ha producido, no obstante, a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con las disposiciones iniciales del Tratado, deduciendo de su propio texto y de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros un principio general de igualdad de trato, que se plasma posteriormente en los Tratados reformados así como en su desarrollo a través del Derecho derivado<sup>974</sup>. La previsión del principio de igualdad en los Tratados constitutivos reflejaba la orientación de la Comunidad a la exclusiva construcción del mercado común, para lo cual era imprescindible la garantía de la no discriminación de los factores de producción por razón de nacionalidad, así como el aseguramiento de unas mismas condiciones de competencia entre empresas de los diversos Estados. El establecimiento de la prohibición general de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 7 TCEE, art. 18 TFUE) se acompañaba de múltiples disposiciones que la establecían en los diversos ámbitos del mercado común<sup>975</sup>, y del principio de igual remuneración entre hombres y mujeres (art. 119

---

<sup>974</sup> En este sentido, TRIDIMAS, Takis; *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, 2006, p. 62, quien destaca el origen liberal del principio de igualdad, y las razones que llevan al Tribunal de Justicia a desarrollarlo como principio general del Derecho en la Comunidad, partiendo de la tradición constitucional de los Estados miembros.

<sup>975</sup> En concreto, la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad se establecía en el ámbito de la libre circulación de mercancías (arts. 30, 34, 37 y 95 TCEE, arts. 34, 35, 37 y 110 TFUE), la libre circulación de trabajadores (art. 48.2 TCEE, art. 45.2 TFUE), la libertad de establecimiento (art. 52 TCEE, art. 49 TFUE), la libertad de servicios (art. 59 TCEE, art. 56 TFUE) y la libre circulación de capitales (art. 67 TCEE, art. 63 TFUE). Asimismo, en la política agrícola común, la Comunidad estaba sujeta al respeto de la no discriminación entre productores y consumidores (art. 40.3 TCEE, art. 40.2 TFUE).

TCEE, art. 159 TFUE) que, introducido para la garantía de iguales condiciones de competencia en una redacción aparentemente programática<sup>976</sup>, surtiría importantes efectos y daría lugar a un extenso cuerpo legislativo en materia de igualdad de género<sup>977</sup>.

Estos dos fundamentos iniciales generarían, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el desarrollo de un principio general de igualdad de trato, que se situaría en la base de la Comunidad, exigiendo un trato igual a las situaciones iguales, y un trato desigual de las situaciones distintas. Según el Tribunal, las prohibiciones de discriminación concretas del Tratado constituyen simplemente “una expresión específica del principio general de igualdad, que forma parte de los principios fundamentales del Derecho comunitario”, exigiendo que “las situaciones comparables no sean tratadas de forma diferente, salvo que la diferenciación esté objetivamente justificada”<sup>978</sup>. Si es cierto que este control del Tribunal ha sido relativamente flexible<sup>979</sup>, y que este propio principio no define los objetivos que debe realizar la Unión –controlando sólo la igualdad en el ejercicio del poder público–, su desarrollo en la jurisprudencia ha tenido una importancia notable, dando lugar a una ampliación de la concepción de la igualdad e insertándola progresivamente en un discurso de protección de los derechos fundamentales<sup>980</sup>. Por un lado, el Tribunal se convierte en artífice de la interpretación de la legislación existente, expandiendo por ejemplo el concepto de

---

<sup>976</sup> La introducción del principio de igualdad de remuneraciones entre mujeres y hombres respondía a la exigencia de Francia de que todas las empresas en la Comunidad cumplieran con este requisito, ante el peligro de que las empresas francesas, que sí estaban obligadas internamente a ello, tuvieran desventajas competitivas. El establecimiento del principio en el Título de Política Social del TCEE, que era ampliamente programático, hacía dudar no obstante de su efecto jurídico concreto.

<sup>977</sup> El reconocimiento del efecto directo de dicha disposición se produciría como se sabe con la STJCE de 8 de abril de 1976, *Defrenne II* (C-43/75), en la que el Tribunal destaca la doble finalidad económica y social de este precepto. Ello daría lugar a numerosos casos de reclamación en esta materia, y a la aprobación de varias Directivas de igualdad de género en materia de empleo y seguridad social, como la Directiva del Consejo 75/117/CEE, de 17 de febrero de 1975, sobre la igualdad de remuneraciones; la Directiva del Consejo 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; o la Directiva del Consejo 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

<sup>978</sup> Véase la STJCE de 19 de octubre de 1977, *Ruckdeschel c. Hauptzollamt hamburg-St. Annen* (C-117/76 y 16/77), párrafo 7. La valoración de la justificación se situaba inicialmente en la necesidad de criterios objetivos y uniformes para asegurar un trato comparable a los grupos similares, pero pasaría posteriormente a una valoración en relación con la proporcionalidad, en atención a los objetivos perseguidos.

<sup>979</sup> El Tribunal de Justicia otorga un amplio margen de discrecionalidad a las instituciones europeas y centra su valoración en la racionalidad de la justificación de la medida diferenciadora. El principio de igualdad se ha considerado por ello como un principio amplio, que significa poco más que una exigencia de un estándar general de racionalidad y justicia. Véase BELL, Mark; “The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening”, en CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Grainne (eds.); *The Evolution of EU Law*, op. cit., 2011, p. 626.

<sup>980</sup> En este sentido, la STJCE de 15 de junio de 1978, *Defrenne III* (C-149/77), en la que se afirma que la eliminación de la discriminación por razón de sexo forma parte de los derechos fundamentales que se protegen a nivel de la Comunidad.

“remuneración”<sup>981</sup>, introduciendo el concepto de discriminación indirecta<sup>982</sup>, y admitiendo en ciertos casos las medidas de acción positiva<sup>983</sup>. Por otro lado, la contención del Tribunal en algunos aspectos<sup>984</sup> conduce a los Estados, en la reforma de Ámsterdam (1997), a introducir un nuevo objetivo de igualdad entre mujeres y hombres (art. 2 TCE), así como una nueva base jurídica para la actuación contra la discriminación por determinadas razones tasadas (art. 13 TCE), situando la realización del principio de igualdad en un ámbito independiente al ejercicio de la actividad económica<sup>985</sup>.

La introducción de esta nueva base jurídica y el papel del Tribunal en este período revierten, en una segunda etapa, en la consideración de la igualdad y no discriminación como objetivo propiamente de la Unión, lo que da lugar a la aprobación de nuevas Directivas anti-discriminación, y a la extensión del principio de igualdad en nuevas direcciones. La aprobación de la Directiva 2000/43/CE, sobre igualdad racial<sup>986</sup>, junto con la Directiva del Consejo 2000/78/CE, sobre igualdad en el empleo y ocupación<sup>987</sup>, supuso el establecimiento a nivel legislativo de conceptos previamente desarrollados por vía jurisprudencial, como la discriminación indirecta, la inversión de la carga de la prueba, o la permisividad de la acción positiva. Ello implicaba, en estos ámbitos concretos, una cierta aproximación material a la igualdad, teniendo en cuenta el contexto del sujeto y estableciendo principios procesales para

---

<sup>981</sup> Véase por ejemplo la STJCE de 17 de mayo de 1990, *Barber* (C-262/88), en la que se incluye en el concepto de remuneración la indemnización percibida por el trabajador como consecuencia del despido, ya sea pagada voluntariamente o como consecuencia de una ley o de un contrato de trabajo, así como las pensiones que resulten de planes de pensiones de empresa (excluidos del régimen de seguridad social general).

<sup>982</sup> La discriminación indirecta se produce cuando una medida general, aparentemente neutra, tiene un efecto que produce una desventaja particular en los miembros de un grupo específico, a pesar de que no se dirigiera especialmente a ellos. Véanse las SSTJCE de 31 de marzo de 1981, *Jenkins* (C-96/80); de 13 de mayo de 1986, *Bilka-Kaufhaus* (C-170/86), de 23 de mayo de 1996, *O’Flynn* (C-237/94), y de 10 de marzo de 2005, *Nikoloudi* (C-196/02).

<sup>983</sup> A pesar de no admitir inicialmente las medidas de acción positiva realizadas por los Estados miembros, el Tribunal ha modificado posteriormente su criterio. Véase *infra* Sección III.A.iv.

<sup>984</sup> En particular, destaca la aproximación inicial del Tribunal a la acción positiva de los Estados, así como la negación de la posibilidad de incluir la orientación sexual como razón de prohibición de discriminación. Véase *infra* Sección III.A.iv.

<sup>985</sup> La creación de la base jurídica del artículo 13 TCE (19 TFUE) ha sido considerada como una verdadera muestra de la creación de un derecho autónomo de igualdad en la Comunidad, a pesar de que esta disposición no produce efecto directo y se trata sólo de una competencia. Véase MORE, Gillian; “The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?”, en CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Grainne (eds.); *The Evolution of EU Law*, *op. cit.*, 1999, p. 547.

<sup>986</sup> Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

<sup>987</sup> Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y ocupación. A éstas se añade la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

favorecer a la parte más débil, obligando a la apreciación de las características del sujeto y del impacto que tienen determinadas medidas sobre sus posibilidades<sup>988</sup>.

La virtualidad de estos avances, sin embargo, queda matizada por la fragmentación que presentan los instrumentos de lucha contra la discriminación, lo que se refleja en el distinto ámbito de aplicación que tienen las Directivas citadas<sup>989</sup>, y en el distinto alcance de las Directivas posteriores, relativas a la no discriminación por razón de sexo en el acceso a bienes y servicios y en la relación laboral<sup>990</sup> así como a los trabajadores atípicos<sup>991</sup>. El Tribunal de Justicia ha intentado, en ciertos ámbitos, elaborar una aproximación más global a través del principio general de igualdad y no discriminación, partiendo de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y de diversos instrumentos internacionales, y dotándolo de los contenidos que se establecen en el Derecho derivado: especialmente en materia de edad, el Tribunal elabora un principio general de no discriminación con el contenido expresado en el Derecho derivado –la Directiva 2000/78-, que sirve a la extensión de su aplicación a las relaciones entre particulares y a la construcción de un test más estricto de proporcionalidad, en un razonamiento que, aunque podría ser adoptado también en otros ámbitos, ha generado amplias críticas y no se ha utilizado en todos los casos<sup>992</sup>.

---

<sup>988</sup> En este sentido, DE SCHUTTER, Olivier; “Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law”, en *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 57, núm. 1, 2005, p. 3, quien distingue entre diversos tipos de igualdad material: la prohibición de discriminación directa, que no tiene en cuenta las características del sujeto; la prohibición de discriminación incluyendo aquélla que resulta de un impacto desproporcionado (que tiene en cuenta las características del sujeto), y la acción afirmativa o positiva, que supone realizar actuaciones en favor del grupo desaventajado.

<sup>989</sup> Su ámbito de aplicación difiere notablemente, siendo mucho más amplio el de la Directiva 2000/43 (art. 3). Además, la Directiva 2000/43 impone obligaciones más estrictas (obligación de prever órganos de promoción y vigilancia de la igualdad) y prevé menos excepciones o posibilidades de justificación..

<sup>990</sup> Así sucede con la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro; con la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo 2007/30/CE, de 20 de junio de 2007, que modifica diversas normas existentes en materia de no discriminación por embarazo; la Directiva del Consejo 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el acuerdo marco revisado sobre permiso parental. Asimismo, la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo 2006/54/CE, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato de hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que refunde diversas normativas existentes anteriormente.

<sup>991</sup> Se trata en concreto de la Directiva del Consejo 97/81/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativo al Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial; la Directiva del Consejo 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada; y más recientemente de la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo 2008/104/CE, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal; así como la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo 2010/41/UE, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

<sup>992</sup> Así sucede en las SSTJCE de 22 de noviembre de 2005, *Mangold* (C-144/04), y de 19 de enero de 2010, *Kücükdeveci* (C-555/07). En relación con el nuevo test de proporcionalidad que se perfila en estos casos, entrando en un balance de intereses y no sólo en la objetividad de su justificación, véase KILPATRICK, Claire; “The Court of Justice and Labour Law in 2010: A New Discrimination Law Architecture”, en *Industrial Law*

El papel de este principio general de no discriminación podría reforzarse, no obstante, a través de las disposiciones del Tratado de Lisboa y de la Carta de Derechos Fundamentales, que ponen énfasis en el contenido autónomo del principio de igualdad y no discriminación, proclamándolo por primera vez de forma normativa –no sólo como base jurídica- en el Derecho primario de la Unión. Este principio se plasma, en el Tratado de Lisboa, en la introducción de la igualdad y no discriminación como objetivo a realizar por las instituciones europeas, estableciéndose también obligaciones de promoción, a través de los objetivos de la Unión y de las disposiciones horizontales ya mencionadas (arts. 8 y 10 TFUE). La Carta de Derechos Fundamentales incluye un principio general de igualdad de todas las personas ante la ley (art. 20)<sup>993</sup>, y establece una prohibición general de discriminación señalando algunos motivos específicos (art. 21)<sup>994</sup>, lo que se complementa con un precepto específico relativo a la igualdad entre mujeres y hombres –que permite a los Estados la acción positiva- (art. 23).

La virtualidad de estas disposiciones dependerá de su utilización por el Tribunal de Justicia, y de la incorporación y realización de estas obligaciones por las instituciones europeas<sup>995</sup>. Si es cierto que la Carta no crea nuevas competencias para la Unión (art. 51.2), y que su aplicación se circunscribe a los órganos comunitarios y a los Estados miembros cuando implementen el Derecho de la Unión (art. 51.1), el establecimiento de los derechos y principios mencionados en un instrumento jurídico vinculante constituye un avance hacia una protección generalizada y positiva de la igualdad<sup>996</sup>, que se complementa con las obligaciones de promoción (*mainstreaming*) que se derivan del Tratado: el deber de las instituciones de tener en cuenta, en relación con la definición y ejecución de sus políticas, el impacto de sus actividades sobre los grupos desfavorecidos, así como de incorporar una perspectiva de igualdad en todas sus acciones, supone la consideración de la igualdad como objetivo que

---

*Journal*, vol. 40, 2011, p. 280 y ss. La doctrina ha sido crítica con el desarrollo por el Tribunal de este principio general de no discriminación por razón de edad, en cuanto sus fuentes no quedan especificadas claramente y supone una vía para rodear los problemas que plantea la aplicación directa de las Directivas a las relaciones entre particulares. Véase sobre ello con más detalle *infra* Sección III.A.iv.

<sup>993</sup> Este principio corresponde, según las Explicaciones de la Carta (2007/C 303/02), a un principio general del Derecho inscrito en todas las constituciones europeas, y reconocido por el Tribunal de Justicia (explicación relativa al artículo 20).

<sup>994</sup> Estos motivos incluyen razones no contempladas anteriormente, como el color, los orígenes sociales, las características genéticas, la lengua, las opiniones políticas o de cualquier tipo, la pertenencia a una minoría nacional, el patrimonio, o el nacimiento (art. 21.1 CDFUE).

<sup>995</sup> La Comisión ha adoptado por el momento la práctica de seguimiento de las propuestas legislativas para verificar el cumplimiento con la Carta. Véase la Comunicación de la Comisión “Compliance with the Charter of Fundamental Rights in Commission Legislative Proposals”, COM(2005) 172.

<sup>996</sup> Se ha sugerido que la Carta conduce hacia una concepción múltiple de la igualdad, que requiere diversas aproximaciones según los grupos considerados. Véase WADDINGTON, Lisa; “The Expanding Role of the Equality Principle in European Unión Law”, *EUI Policy Paper 2003/04*, p. 24.

requiere de actuaciones positivas, y que no puede realizarse únicamente por la vía de un modelo de recursos individuales en situaciones concretas<sup>997</sup>.

## **B. La concepción europea de la igualdad y su influencia sobre el nivel estatal**

El amplio desarrollo del principio de igualdad y no discriminación a nivel europeo implica, sin embargo, una concepción determinada de la igualdad, que se centra en la atribución a todos los sujetos de unas mismas oportunidades, suprimiendo las discriminaciones que afecten a sus posibilidades de realización, especialmente en relación con su actuación en el mercado de trabajo. Si ello supone evidentemente un avance importante, en especial por la interpretación de la discriminación y las obligaciones concretas que se imponen a los Estados –que intensifican los contenidos ya existentes en el marco nacional–, al mismo tiempo implica una comprensión concreta de la igualdad y el papel del poder público en su realización, que no debe ir más allá de la eliminación de los comportamientos individuales de discriminación, sin una finalidad de reforma social más amplia.

El amplio desarrollo de este principio a nivel europeo ha supuesto para los Estados avances importantes en materia social –piénsese en la igualdad de remuneraciones entre mujeres y hombres–, obligando a una interpretación estricta del concepto de discriminación, e incluso imponiendo la creación de instituciones específicas para su realización en determinados ámbitos –por ejemplo, en relación con la igualdad de género<sup>998</sup>. Sin embargo, y sin olvidar la importancia de estos desarrollos, el principio de igualdad cumple a nivel europeo una función distinta a la que tiene en los ordenamientos nacionales, en la medida en que su concepción responde a una noción más limitada: ésta adquiere una gran profundidad en ciertos ámbitos y motivos específicos –obligando a la supresión de las discriminaciones insertas en el mercado<sup>999</sup>–, pero no alcanza la naturaleza de principio que pueda fundamentar,

---

<sup>997</sup> Se ha criticado, no obstante, que las obligaciones de *mainstreaming* constituyen elementos no articulados de forma concreta por vía legislativa, que dejan mucha discrecionalidad a los órganos administrativos que los aplican, y que dependen en un grado elevado del voluntarismo y el entusiasmo de los órganos particulares. En algunos Estados, ello ha evolucionado hacia el establecimiento de obligaciones positivas exigibles, en forma de obligación de tener determinados planes, procedimientos y objetivos para promover la igualdad, así como mecanismos de evaluación posterior. Véase WADDINGTON, Lisa; BELL, Mark; “Exploring the Boundaries of Positive Action Under EU Law: A Search for Conceptual Clarity”, en *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, p. 1519. SHAW, Jo; “The European Unión and Gender Mainstreaming: Constitutionally Embedded or Comprehensively Marginalised?”, en *Feminist Legal Studies*, vol. 10, 2002, p. 221.

<sup>998</sup> Véase sobre el refuerzo de los derechos de igualdad, *infra* Sección III.A.iv.

<sup>999</sup> El principio de no discriminación tiene, a nivel de la Unión, un fuerte efecto sobre las libertades del empresario, obligándole a no realizar distinciones arbitrarias por los motivos prohibidos o a exigir criterios de contratación indirectamente discriminatorios. Véase DE SCHUTTER, Olivier; *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d’emploi*, PIE-Peter Lang, Bruxelles, 2001, p. 24 y ss. La libertad de

más allá de la prohibición de distinciones arbitrarias, otras actuaciones de reforma o transformación social, que permitan corregir y combatir las desigualdades económicas entre grupos sociales generadas por el propio sistema de mercado.

La concepción de la igualdad en el sistema europeo se inspira ampliamente en la teoría de las capacidades individuales, proveniente del pensamiento filosófico de SEN y adaptada al marco europeo a través de diversos documentos que han propuesto una modificación del rol tradicional del poder público en la protección social –especialmente, en el ámbito del trabajo-<sup>1000</sup>. De acuerdo con esta concepción, las situaciones de desigualdad o desventaja derivadas de la situación social de los individuos deben afrontarse a través de la capacitación de los mismos, proporcionándoles los medios para obtener aquello que desean, y preparándolos para extraer los “funcionamientos” necesarios de los recursos y bienes que tienen. En esta perspectiva, el poder público no tiene un papel de protección del individuo a través de una intervención modificadora de las condiciones sociales, en que atribuya al sujeto una “protección pasiva” por medio de las regulaciones laborales y prestacionales, sino que adopta un rol distinto, en el que debe promover el desarrollo de los recursos humanos de los trabajadores e individuos, permitiéndoles mantener su seguridad ante los riesgos, no con una protección pasiva, sino a través de su propia capacitación para que, con su comportamiento activo, puedan acceder a los medios necesarios para realizar sus objetivos vitales y extraer de ellos las utilidades que requieran<sup>1001</sup>.

---

empresa no queda no obstante sometida a límites que puedan cuestionar la fuerza del empresario (negociación colectiva), o que puedan limitar sus beneficios en un sentido redistributivo.

<sup>1000</sup> La teoría de las capacidades se basa en el pensamiento filosófico de SEN, según el que la pobreza debe verse en la perspectiva de las capacidades, como privación de libertades sustantivas y por tanto de posibilidad de los sujetos de para llevar a cabo la vida que desean. En este marco, el mercado aparece como el espacio ideal para la realización de dichas capacidades, en cuanto entraña en sí mismo la existencia de la libertad de transacción, posibilitando a los individuos el desarrollo de sus libertades sustantivas y su transformación en “funcionamientos”. El origen de la pobreza no se hallaría, de forma principal, en un bajo nivel de ingresos, sino en otras razones que afectarían a las capacidades, pudiendo ser mejorada por tanto a través de la capacitación de los sujetos y su actuación en el mercado. Véase SEN, Amartya; *Development as Freedom*, OUP, Oxford, New York, 1998, p. 111 y ss. Su adaptación al marco europeo se produce a través del Informe Supiot (1999), según el cual el Derecho del trabajo debe tender hacia la construcción de un “estado profesional” de las personas que sobrepase su estatuto actual de asalariados, creando derechos sociales para las situaciones de pasarela entre las distintas posiciones en el mundo laboral. Véase SUPIOT, Alain; “Au delà de l’emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe”, Paris, Flammarion, 1999, p. 10 y ss.

<sup>1001</sup> Así se refleja en el Informe Supiot, donde se distingue entre las protecciones pasivas, tradicionalmente prestadas, y los mecanismos para mantener la seguridad frente a los riesgos. Según el informe, las protecciones pasivas se formulan habitualmente de forma negativa, y van en contra del proceso de aprendizaje del individuo. La seguridad ante el riesgo, en cambio, consiste en proveer al individuo con los medios para anticipar, en cualquier momento, necesidades a largo plazo. Ello se utilizó para argumentar que la flexibilidad en el trabajo no es contraria a la seguridad, sino al contrario, promueve y es conciliable con la misma. Véase DEAKIN, Simon; “The Capability Concept and the Evolution of European Social Policy”, en DOUGAN, Michael; SPAVENTA, Eleanor; *Social Welfare and EU Law*, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 4 y ss.

El papel mediador del poder público ante el mercado queda por consiguiente reducido, considerando que es precisamente la participación de los individuos en el mismo, con capacidad para extraer los bienes que deseen, lo que proporciona seguridad a los sujetos, permitiéndoles la satisfacción de sus necesidades y proyectos vitales. La reforma y corrección intensa del orden social y económico devienen, en este esquema, innecesarias, en todo aquello que vaya más allá de la capacitación de los individuos –en esencia, su formación- y de la atribución a los mismos de unas mismas posibilidades de participación y actuación en el mercado: la igualdad implica, así, la generación de iguales oportunidades para todos en el aprovechamiento de los mecanismos de mercado, pero no la corrección o reforma de sus estructuras y los resultados que producen en la sociedad<sup>1002</sup>.

Por ello, la función de la igualdad a nivel de la Unión no pasa, en realidad, por la limitación de las libertades individuales de contenido económico, sino que se sitúa, al contrario, en la igual capacitación de todos los sujetos para su ejercicio, estimando que es la igualdad en la inserción en el mercado –la igualdad de oportunidades- lo que dará lugar a un mayor bienestar de los individuos. La Unión desarrolla, así, una intensa actividad de eliminación de las discriminaciones en el mercado de trabajo, posibilitando a todos los sujetos el acceso en igualdad a los puestos ofrecidos y el goce de iguales condiciones en el ámbito laboral, pero ello se aborda con un enfoque distinto al existente anteriormente a nivel estatal, que no busca la protección pasiva de la parte débil de la relación ante el *ius variandi* del empresario, sino la ubicación activa en igualdad de todos los sujetos frente al mismo: la transformación del mundo del trabajo en el marco de la globalización, junto con la modificación de las relaciones laborales en un mercado europeo unificado –que da lugar a una mayor autonomía de los trabajadores-, sitúan la función de la igualdad y del Derecho laboral en una protección del conjunto de la vida laboral de la persona, que busca dotar al individuo de una cierta seguridad en sus modificaciones –en una suerte de pasarela de un contrato a otro-<sup>1003</sup>.

---

<sup>1002</sup> Puede considerarse que esta desigualdad económica se trata de forma indirecta, a través de los motivos de discriminación prohibidos, si se entiende que los colectivos protegidos a través de ellos son los que tienen mayores dificultades de inserción en el mercado. Asimismo, el Fondo Social Europeo puede considerarse una manifestación de estructura que surge para contrarrestar las diferencias económicas entre Estados, aunque no entre individuos.

<sup>1003</sup> Véase el Libro verde de la Comisión “Moderinising Labour Law to Meet the Challenges of the 21<sup>st</sup> Century”, donde se priorizan las políticas sobre la oferta de empleo, a través de la formación y educación de los individuos, orientándose la protección social a hacer atractivo el trabajo. Ello se basa en el cambio que produce la globalización en las relaciones de trabajo, que ya no se basan en un único empleador y contrato de trabajo permanente y a tiempo completo, que atribuya derechos de protección social, sino que se esfuerzan en favorecer la diversidad contractual y la flexibilidad, como medio para mejorar la capacidad de adaptación de las empresas y la creatividad de la fuerza de trabajo.

La concepción de la igualdad que contiene el ordenamiento europeo responde, por tanto, a una comprensión distinta de la situación del individuo y las obligaciones del poder público, que no se sitúan ya en la garantía pasiva de ciertas condiciones de seguridad ante el mercado, sino únicamente en la creación de condiciones de partida iguales ante el mismo. El modelo puede entenderse en múltiples formas y suponer, en la mejor hipótesis, una mejora en el bienestar general de la población, pero entraña en todo caso una opción por una idea distinta de la igualdad que debe realizarse en el orden social, que se contrapone a su concepción originaria a nivel estatal.

Ello puede considerarse lógico, si se entiende la Unión Europea como una entidad distinta a los Estados, que no adopta una función social propia y que no tiene por qué configurarse con unas estructuras paralelas a las del Estado social. La actividad de remodelación social quedaría así en el nivel de los Estados, a quienes correspondería, más allá de las obligaciones derivadas del marco europeo, realizar las actuaciones convenientes para la generación de una mayor igualdad real. Pero la concepción europea de la igualdad determina, como se ha dicho, la comprensión de las obligaciones del poder público en relación con el orden social y económico, y las posibilidades de intervención en el mercado para la realización de objetivos sociales: toda la construcción del mercado interior, a través de las libertades de circulación y normas de la competencia, implica la limitación del poder público a la mínima injerencia en su funcionamiento autónomo, reduciendo las posibilidades estatales de intervención y configuración en el orden económico y social también a nivel nacional, en tanto todos los mercados se hallan potencialmente conectados por el desplazamiento de los factores de producción. La concepción estatal de la igualdad real, así, además de quedar afectada por el discurso de modernización de la protección social, resulta limitada a los ámbitos de capacitación de los individuos –como se verá, la educación tiene en este sentido un trato preferencial-, debiendo en otros sectores adaptarse a los principios del mercado y al respeto prioritario de la libertad económica.

### **SECCIÓN III. LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA OBLIGACIÓN DE PROCURA EXISTENCIAL**

El Derecho de la Unión tiene influencia sobre un segundo rasgo definidor del Estado social, que viene representado en la obligación de procura existencial establecida en los diversos ordenamientos. Esta obligación implica, como se vio, la realización en el orden social de las condiciones que permitan al individuo la satisfacción de sus necesidades, lo que

comprende, además del establecimiento de una serie de derechos y obligaciones sociales, la previsión de los derechos económicos como entidades limitadas, sujetas a las determinaciones y limitaciones que vengán exigidas por el interés general. Los elementos de esta obligación se modifican, no obstante, por efecto del Derecho europeo, que tiene efecto sobre diversos aspectos de los derechos sociales, modificando su contenido, ejercicio y titularidad posibles (apartado A), así como sobre la función social de los derechos económicos, que queda estrictamente limitada (apartado B).

### **A. La influencia sobre los derechos sociales**

La influencia del Derecho de la Unión sobre los derechos y obligaciones sociales se produce sobre distintos de sus elementos, que quedan modificados en diversos sentidos por efecto del ordenamiento europeo. La capacidad de realización de estos elementos por el Estado se considerará posteriormente, en relación con los instrumentos formales<sup>1004</sup>, por lo que aquí se tratan únicamente estos derechos y obligaciones en tanto que disposiciones establecidas en los ordenamientos estatales, cuyos aspectos resultan modificados. Se produce, como se verá, una reducción del contenido posible de los derechos prestacionales (apartado i), así como de la posibilidad de ejercicio de los derechos sociales de libertad en el ámbito laboral (apartado ii); lo que se acompaña en cambio de una ampliación de la titularidad de estos derechos (apartado iii) y del refuerzo de ciertos contenidos de igualdad (apartado iv).

#### **i. La reducción del contenido de los derechos sociales prestacionales**

La incidencia limitativa del Derecho de la Unión sobre el contenido de los derechos sociales se produce por las exigencias que derivan de las libertades de circulación y las normas de la competencia, en cuanto a la permisión del ejercicio de actividades privadas en todos aquellos ámbitos que se consideren “mercado”<sup>1005</sup>. Especialmente la concepción de la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE) y la libertad de servicios (art. 56 TFUE), como normas que exigen la apertura del mercado a operadores privados no nacionales, conllevan una cierta limitación del contenido posible de los derechos sociales a prestaciones positivas,

<sup>1004</sup> Véase *infra* en este Capítulo Sección IV.

<sup>1005</sup> Como se vio, el ámbito de aplicación de estas libertades de circulación viene definido por la existencia de un servicio que se desplace entre Estados, o de un profesional que quiera establecerse en otro Estado miembro para ejercer su actividad en un determinado ámbito, a cambio de una remuneración. Estos criterios, que se utilizan para ver cuándo una actividad puede ser económica, no tienen en cuenta la existencia de espacios definidos a nivel estatal que puedan considerarse no económicos. Véase ODUDU, Okeoghene; “The Public/Private Distinction in EU Internal Market Law”, *Revue trimestrielle de Droit européen*, vol. 46, núm. 4, 2010, p. 835 y ss, quien destaca cómo la división funcional entre espacio público y privado lleva a aplicar distintos estándares a los actores estatales y no estatales.

en la medida en que imponen la reserva de un determinado espacio de actividad a la iniciativa privada, no pudiendo el Estado cubrir por la vía pública todo el ámbito que es objeto del derecho. En la medida en que el derecho o la obligación impongan al Estado la realización de una prestación que se considere comprendida en el ámbito de aplicación de dichas libertades – implicando, en esencia, un servicio contra remuneración-, el poder público no podrá cubrir con su actuación todo el ámbito de actividad, debiendo dejar un margen para la actuación de la iniciativa privada en la satisfacción de las necesidades concernidas.

Es cierto que los derechos sociales pueden ser realizados por múltiples vías, y que su enunciado no siempre entraña necesariamente la creación de un sistema completamente público –piénsese en el derecho a la salud, que puede realizarse por el establecimiento de centros de asistencia públicos, o bien por la atribución a los ciudadanos de prestaciones económicas para sufragarlo en establecimientos privados-<sup>1006</sup>. Pero la opción de organizar un sistema público existe a nivel estatal, pudiendo llegar a cubrir la totalidad del contenido del derecho: al margen de que se permita la coexistencia de actores privados en el mercado – piénsese en el sistema nacional de salud en España-, el sistema público puede alcanzar la extensión de cobertura que se considere conveniente, prestando por la vía pública, a aquellos sujetos que así lo requieran –y que no opten por el sistema privado-, una actividad que puede comprender todo el contenido de asistencia que se considere necesario.

Las normas del Derecho de la Unión reducen, en cierta medida, esta posibilidad, limitando el alcance y contenido de la prestación pública a un nivel básico, y exigiendo la existencia de un espacio donde puedan actuar los operadores privados. Ello sucede, es cierto, únicamente en aquellos ámbitos que sean susceptibles de explotación económica, y donde se realicen por tanto actividades de servicio a cambio de una remuneración. Pero el concepto de servicio del Tratado ha sido objeto de una interpretación amplia, considerando como tal cualquier actividad realizada con una contraprestación –aunque ésta no sea abonada por el propio receptor-, lo que ha llevado a poner en cuestión la naturaleza de actividades sociales realizadas bajo tutela pública, especialmente cuando éstas se realizan por entidades distintas al Estado: el Tribunal ha examinado, así, la naturaleza de los servicios de educación, salud y

---

<sup>1006</sup> Aunque la mayor parte de derechos sociales no indican concretamente su modo de realización, no ocurre así en todos los casos. Por ejemplo, el derecho a la educación implica en la mayor parte de Estados la garantía de acceso a un sistema de educación público y gratuito en la etapa obligatoria. En el caso del Estado español, la Constitución exige también la existencia de un “régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (...)” (art. 41 Constitución española).

seguridad social, evaluando la posible aplicación a estos ámbitos de las libertades de circulación.

En relación con los servicios de educación, la jurisprudencia ha adoptado una posición cauta, considerando en particular el modo de financiación del servicio y su posible encaje en el concepto de remuneración del artículo 56 TFUE. En la sentencia *Humbel*, el Tribunal declaró que, en la medida en que el servicio de educación en cuestión estaba financiado de forma pública por el Estado, y que éste no buscaba involucrarse en una actividad económica sino ejercer una responsabilidad hacia la población, no se trataba de un servicio económico en el sentido del artículo 56 TFUE<sup>1007</sup>. El mismo razonamiento ha seguido el Tribunal en otros casos respecto a la educación superior, considerando que, aunque en este ámbito pueden claramente actuar los operadores privados, la naturaleza de la actividad depende de su modo principal de financiación, según si deriva de fondos de carácter público o privado<sup>1008</sup>. Los servicios educativos públicos han quedado así excluidos respecto a las exigencias de la libertad de servicios, siempre que sean financiados con fondos provenientes del Estado.

Una aproximación más estricta se desprende, en cambio, de los casos relativos a los servicios de salud, que han sido considerados sistemáticamente por el Tribunal como servicios económicos en el sentido del artículo 56 TFUE. Habiendo afirmado ya tempranamente que las prestaciones sanitarias estaban cubiertas por la libertad de servicios – aunque en un caso que no revelaba las implicaciones que ello tendría<sup>1009</sup>, el Tribunal ha incluido estos servicios en el ámbito del Tratado desde la sentencia *Kohll*, considerando que constituyen prestaciones realizadas a cambio de una remuneración y que existe un potencial elemento transfronterizo en su realización<sup>1010</sup>. Los argumentos relativos a la naturaleza

---

<sup>1007</sup> Véase la STJCE de 27 de septiembre de 1988, *Humbel* (C-263/86), donde el Tribunal establece que no existe una contrapartida económica a modo de remuneración del servicio educativo, puesto que se financia a través de los presupuestos públicos y que el Estado no se propone realizar actividades remuneradas, (párrafos 18 y 19). En sentido similar, la STJCE de 7 de diciembre de 1993, *Wirth* (C-109/92), párrafo 19.

<sup>1008</sup> Véase la STJCE de 11 de septiembre de 2007, *Gootjes-Schwarz* (C-76/05), donde el Tribunal remite al órgano jurisdiccional nacional la verificación del carácter público o privado de la financiación de la actividad.

<sup>1009</sup> STJCE de 31 de enero de 1984, *Luisi y Carbone* (C-286/82 y 26/83). El caso ponía en cuestión la legislación italiana en materia de exportación de divisas efectuada con fines médicos. El Tribunal afirma que la libre prestación de servicios incluye el desplazamiento del prestador al Estado miembro del destinatario, pero también el desplazamiento del destinatario al Estado de establecimiento del prestador (párrafo 10).

<sup>1010</sup> El Tribunal afirmó inicialmente el carácter de servicio en relación con el tratamiento prestado en el marco de un sistema de seguridad social, relativo a una prestación no hospitalaria (STJCE de 28 de abril de 1998, *Kohll*, C-158/96). Ello se extendió posteriormente a las prestaciones hospitalarias atribuidas directamente en especie (STJCE de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms*, C-157/99); y a las prestaciones hospitalarias en un sistema de seguro social (STJCE de 12 de julio de 201, *Vanbraekel*, C-368/98). La misma línea siguen las posteriores sentencias, donde se precisan los criterios de justificación de los regímenes nacionales que someten a autorización el tratamiento en otros Estados miembros, pero en todas ellas el servicio es cualificado como servicio económico en el sentido del artículo 56 TFUE (SSTJCE de 13 de mayo de 2003, *Müller-Fauré y Van*

específica del órgano que presta el servicio, o al carácter de prestación en especie que implica, no han sido eficaces para excluir los servicios sanitarios del ámbito del Tratado: el Tribunal ha adoptado un concepto objetivo de remuneración, considerando como tal cualquier pago realizado en consideración por el servicio recibido –no necesariamente proveniente de su propio receptor-, y descartando el criterio del carácter público de los fondos, que sí había aceptado en los casos sobre educación<sup>1011</sup>.

Ello puede llevar a cuestionar los criterios que aplica el Tribunal en estos casos, planteando qué circunstancias distinguen estos servicios respecto a los sistemas de educación. La explicación que se ha propuesto radica en la presencia, en los casos de salud que ha tratado el Tribunal, de una mayor separación entre los órganos prestadores y la entidad que los financia, lo que da lugar a un potencial para la elección del individuo que debe operar, según se considera, de acuerdo con los principios de mercado. El Tribunal acepta la configuración del servicio que establezca el Estado –permitiendo por tanto un servicio directamente prestado por el poder público<sup>1012</sup>-, pero controla su funcionamiento, de forma que cuando se permite la elección entre proveedores y pagadores de servicios considera que se está creando un mercado, donde la libre elección de los individuos y los operadores debe quedar asegurada de acuerdo con los términos del Tratado –sin discriminación por desplazarse o provenir de otro Estado miembro<sup>1013</sup>-.

Un criterio similar se desprende en relación con la aplicación de las libertades de circulación a los regímenes de seguridad social, dejando ver de forma clara su influencia sobre el contenido posible de los derechos sociales. Ciertos regímenes de seguro han sido cuestionados en base a la libertad de establecimiento y de servicios, en la medida en que la

---

*Riet*, C-385/99; de 23 de octubre de 2003, *Inizan*, C-56/01; de 18 de marzo de 2004, *Leichtle*, C-8/02; de 16 de mayo de 2006, *Watts*, C-372/04; de 15 de junio de 2006, *Acereda Herrera*, C-466/04; de 27 de enero de 2011, *Comisión c. Luxemburgo*, C-490/09; y de 27 de octubre de 2011, *Comisión c. Portugal*, C-255/09).

<sup>1011</sup> Dicha construcción del Tribunal se opone no obstante a la visión de los Gobiernos, y especialmente a las opiniones de los Abogados Generales. Véanse las Conclusiones del Abogado General Saggio presentadas el 18 de mayo de 2000 en el asunto *Vanbraekel* (C-368/98); las Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 18 de mayo de 2000 en el asunto *Smits y Peerbooms* (C-157/99); y las Conclusiones del mismo presentadas el 22 de octubre de 2002 en el asunto *Müller-Fauré y Van Riet* (C-385/99).

<sup>1012</sup> Así, por ejemplo, el sistema de salud español no constituye un servicio económico, tal y como se desprende de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 4 de marzo de 2003, *FENIN*, (T-319/99).

<sup>1013</sup> Así lo considera DAVIES, Gareth; “Welfare as a Service”, en *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 29, núm. 1, 2002, p. 36. Ello implica efectos dispares del Derecho de la Unión según el tipo de sistema de salud que tenga cada estado. Los sistemas nacionales de salud (existentes en Reino Unido, Irlanda o los países mediterráneos), pueden resistir mejor la influencia del Derecho de la Unión, mientras que los sistemas de salud basados en seguros sociales, que operan a través de órganos intermedios como los fondos de seguridad social o las cajas de seguro, pueden tener mayores dificultades. Véase en este sentido HATZOPOULOS, Vassilis; “Health Law and Policy: the Impact of the EU”, en DE BÚRCA, Grainne (ed.); *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, OUP, Oxford, 2005, p. 145.

previsión de la afiliación obligatoria, y la gestión del régimen por un órgano único o por organismos concretos, puede perjudicar o dificultar la entrada en el mercado de prestadores de seguro de otros Estados miembros. El Tribunal ha considerado, en la sentencia *Freskot*, que las prestaciones de seguridad social, aunque no constituyen servicios en el sentido del artículo 56 TFUE, deben igualmente respetar dicha libertad, de modo que su configuración no puede restringirla más allá de una cierta proporcionalidad<sup>1014</sup>. Así, el Tribunal consideró, en relación con el régimen de seguro encausado, que éste era aceptable en la medida en que se limitaba a una cobertura mínima, identificando el nivel mínimo de la prestación como indicio de proporcionalidad, en tanto dejaba espacio para la intervención de actores privados que pudieran complementar los seguros sobre una base voluntaria. El contenido posible de estos derechos parece, así, limitado a un nivel mínimo que suponga la menor afectación a la libertad de servicios, no aceptando una protección más elevada de carácter completamente público<sup>1015</sup>.

El contenido posible de los derechos sociales queda, por tanto, severamente limitado en cuanto impliquen un régimen público de prestación por el Estado o por un número determinado de organismos, que suponga la exclusión de los actores privados. La aplicación de las libertades de circulación a estas actividades, que a excepción de la educación pública no quedan exceptuadas de sus efectos, supone para los Estados la obligación de tener en cuenta los intereses de los operadores privados de otros Estados miembros, considerándose estos ámbitos, por su naturaleza, como espacios donde puede operar la iniciativa privada y que no deben quedar por tanto completamente cubiertos por la vía pública. No se tiene en cuenta, en especial en los casos de seguridad social, la posible coexistencia de un seguro público con las actividades privadas –como ocurre a nivel estatal–, lo que lleva a una reducción del ámbito que puede garantizar el poder público de forma independiente al mercado.

---

<sup>1014</sup> Véase la SJTCE de 22 de mayo de 2002, *Freskot* (C-355/00), relativa a un régimen de seguro para los agricultores de Grecia, que se organizaba a través de contribuciones debidas un único organismo (ELGA), y que se acepta en la medida en que se limita a una cobertura mínima. En el mismo sentido, la STJCE de 5 de marzo de 2009, *Katner Stahlbau* (C-350/07), relativa al sistema alemán de seguro obligatorio de las empresas por accidentes laborales con ciertas cajas profesionales, que se considera una restricción a la libertad de servicios, pero se estima justificada y proporcional, puesto que se mantiene en una cobertura mínima.

<sup>1015</sup> En este sentido, VAN DE GRONDEN, Johan W.; “Social Services of General Interest and EU Law”, en SZYSZCZAK, Erika; DAVIES, Jim; ADENAES, Mads; BEKKEDAL, Tarjei (eds.); *Developments in Services of General Interest*, Asser Press, The Netherlands, 2011, p. 127.

## ii. La limitación del ejercicio de los derechos sociales de libertad

Una segunda forma de influencia reductora del Derecho de la Unión se produce en relación con los derechos sociales de libertad en el ámbito laboral –especialmente los derechos de negociación y acción de conflicto colectivo–, cuyas facultades vienen definidas por los Estados miembros, pero cuyo ejercicio debe conformarse al Derecho de la Unión y no puede restringir en exceso sus normas. En estos casos el conflicto se produce directamente entre la libertad que reconoce el Tratado y el ejercicio del derecho social, lo que sitúa al Tribunal de Justicia ante una colisión de derechos reconocidos en órdenes distintos. Como se verá, las normas de la competencia han tenido, a este respecto, una influencia muy limitada, mientras que las libertades de circulación han ejercido un mayor efecto sobre el ejercicio de estos derechos: éstas últimas resultan aplicables a los supuestos de ejercicio de estos derechos, limitando reduciendo su virtualidad frente a la empresa y disminuyendo así su potencial de generación de igualdad entre trabajadores y empresarios.

La influencia de las normas de la competencia sobre los derechos sociales del ámbito laboral ha sido matizada, puesto que el Tribunal ha excluido su aplicación en los casos en que la restricción de la competencia resulta, de forma inevitable, del propio ejercicio del derecho social. En la sentencia *Albany*, el Tribunal afirmó que “determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores”, y consideró que, como los objetivos de política social resultarían comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 101.1 TFUE, los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos en el ámbito de aplicación de este precepto<sup>1016</sup>. Aunque la sentencia no se refiere en concreto al “derecho fundamental” de negociación colectiva<sup>1017</sup>, el Tribunal apoya su decisión en los objetivos sociales que contenía

---

<sup>1016</sup> Véase la STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany* (C-67/96), párrafos 59 y 60. El asunto concernía una normativa holandesa que hacía obligatorio para todas las empresas un régimen de pensiones complementario acordado previamente por los agentes sociales, y ante el cual la empresa *Albany* solicitó una exención, puesto que había ya contratado un régimen similar para sus trabajadores. Habiéndosele denegado tal exención, la empresa impugnó la normativa por ser contraria al artículo 85.1 TCE (101.1 TFUE). El Tribunal consideró que el convenio colectivo no era contrario a las normas de la competencia (por quedar exento de ellas), de forma que tampoco el comportamiento estatal podía considerarse ilegal. El mismo razonamiento se reproduce en las SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, *Brentjen's* (C-115 a 117/97) y de 21 de septiembre de 1999, *Drijvende Bokken* (C-219/97).

<sup>1017</sup> El Abogado General Jacobs, en sus Conclusiones presentadas el 28 de enero de 1999 a los asuntos citados en la nota anterior, niega la existencia de un derecho a la negociación colectiva protegido por el Derecho comunitario, no hallando una convergencia suficiente entre los órdenes jurídicos nacionales y los instrumentos internacionales (párrafo 160), y propone en cambio la exoneración de los convenios colectivos en base a las normas del Tratado que fomentan la negociación colectiva, y a su carácter de interés público (párrafo 185).

el Tratado y el Protocolo anexo de Política social, así como en la obligación de colaboración de los Estados en el ámbito social y de desarrollo del diálogo entre las partes sociales a nivel europeo. Se considera así que los convenios colectivos, siempre que estén dirigidos a la realización de estos objetivos sociales, deben quedar excluidos de las normas de la competencia, puesto que su restricción constituye un efecto inherente a los mismos sin el cual no podrían lograr sus fines.

La exclusión de estos convenios del ámbito de la competencia supone el reconocimiento de la función reguladora de los agentes sociales, que implica de forma necesaria la restricción de la competición entre empresas, en cuanto les impone a todas unas mismas condiciones laborales. Ello entraña, como ha señalado la doctrina, una aproximación conflictual del Tribunal a estos casos, que conduce a delimitar el ámbito de aplicación del Tratado excluyendo de él determinados elementos, cuya conciliación con las obligaciones comunitarias no se considera posible<sup>1018</sup>. Ello no se ha repetido, sin embargo, en otros ámbitos, priorizando el Tribunal por lo general la vía consensual o de conciliación entre normas contrarias: así se refleja en la influencia que han tenido las libertades de circulación del Tratado, ya sea sobre el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, como en relación con el derecho de negociación colectiva.

Los conflictos entre derechos sociales y libertades de circulación no han seguido los mismos criterios que se aplican cuando entran en juego otros derechos fundamentales. Estos criterios pueden apreciarse, por ejemplo, en el asunto *Schmidberger*, donde el Tribunal, a pesar de establecer que la presencia de derechos fundamentales no excluye la aplicación de las normas del Tratado, y que su ejercicio –en el caso, el derecho de reunión y manifestación– debe ser conciliado con las exigencias relativas a los derechos protegidos por el Tratado<sup>1019</sup>, reconoció un margen de apreciación importante al Estado, controlando el objetivo de su actuación pero admitiendo, cuando ésta tenga como fin la protección de un derecho

---

<sup>1018</sup> Sobre estas dos aproximaciones distintas del Tribunal, véase AZOULAI, Loïc; “The Court of Justice and the Social Market Economy: the Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization”, *op. cit.*, 2008, p. 1336, quien distingue entre una “vía conflictual” y una “vía consensual”.

<sup>1019</sup> Véase la STJCE de 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, C-112/00, párrafo 77. El caso concernía la actuación de las autoridades austríacas de permisión de una manifestación que bloqueó la autopista de Brenner durante 30 horas, cortando el principal eje de circulación entre Alemania y Austria y revirtiendo por tanto en una restricción de la libre circulación de mercancías (art. 30 TFUE). El control del Tribunal se ejerce por tanto sobre una medida pública, y no directamente sobre el ejercicio de un derecho fundamental.

fundamental, una valoración de su proporcionalidad que atienda a sus propios estándares y conceptos<sup>1020</sup>.

Una aproximación distinta se desprende de los casos de conflicto entre libertades de circulación y derechos sociales, donde el Tribunal ha entrado con mucho más detalle en la valoración de las medidas encausadas, a pesar de que se hallaban también en juego derechos fundamentales. En la sentencia *Viking*, se planteó el problema de la admisibilidad de una acción de conflicto colectivo transnacional, realizada por un sindicato finlandés y la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte contra la empresa finlandesa Viking Lines, quien había manifestado su intención de registrar uno de sus barcos en Estonia, para reducir los salarios y costes y hacer frente así a la competencia de los barcos de este mismo Estado que operaban la misma ruta que ella (entre Helsinki y Tallin)<sup>1021</sup>. Ante la reclamación de la empresa a los Tribunales británicos, y la subsiguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, éste tuvo que valorar la legitimidad de las acciones de conflicto colectivo dirigidas a la limitación de la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE), lo que requería asimismo determinar si esta libertad podía tener efecto horizontal, e invocarse frente a organizaciones colectivas de trabajadores.

La posición adoptada por el Tribunal partió, a diferencia de la sentencia *Albany*, de la plena aplicación de la libertad de establecimiento a la acción colectiva de los sindicatos. El Tribunal estableció, por un lado, la aplicabilidad de esta libertad a las acciones de conflicto colectivo, rechazando que ello quedara impedido por la falta de competencia de la Unión en esta materia (art. 153.5 TFUE) o por la presencia de un derecho fundamental a la adopción de medidas de conflicto colectivo –que reconoció por primera vez, incluyendo la huelga-, considerando asimismo que este derecho no implica una restricción inherente a la libertad de establecimiento, que debiera provocar su exclusión del ámbito de aplicación de las libertades de circulación –por analogía con la sentencia *Albany*-. Por otro lado, el Tribunal afirmó la posibilidad de hacer valer la libertad de establecimiento en una relación horizontal frente a los sindicatos: apoyándose en su jurisprudencia anterior, que ya había afirmado el efecto horizontal de estas libertades ante regulaciones de ciertos sujetos privados<sup>1022</sup>, estableció su

<sup>1020</sup> El Tribunal aprecia que las autoridades habían podido considerar que una prohibición de tal manifestación habría sido una interferencia inaceptable en los derechos fundamentales (párrafos 89 y 90). La misma aproximación se repite en otros asuntos, véanse las SSTJCE de 14 de octubre de 2004, *Omega* (C-36/02); de 13 de diciembre de 2007, *United Pan-Europe Communications* (C-250/06); de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien* (C-244/06); y de 16 de octubre de 2007, *Palacios de Villa* (C-411/05).

<sup>1021</sup> Véase la STJCE de 11 de diciembre de 2007, *Viking Lines* (C-438/05).

<sup>1022</sup> El Tribunal se basa en las SSTJCE de 12 de diciembre de 1974, *Walrave y Koch* (C-36/74); de 14 de julio de 1976, *Donà* (C-13/76); de 15 de diciembre de 1995, *Bosman* (C-415/93); de 11 de abril de 2000, *Deliège* (C-

posible aplicación a los sindicatos, en la medida en que constituyen organizaciones que participan en la regulación colectiva del trabajo, y que pueden con ello restringir dicha libertad<sup>1023</sup>.

La afirmación de la aplicación de la libertad de establecimiento al supuesto de hecho implica la opción del Tribunal por una lógica de conciliación entre ambos derechos, que considera deben ser sopesados de acuerdo con los objetivos económicos y sociales de la Unión. Sin embargo, el Tribunal no realiza una ponderación entre ambas normas –lo que implicaría considerarlas en una posición de igualdad, buscando su concordancia práctica-, sino que adopta el modelo de valoración de las restricciones a las libertades de circulación, considerando en principio ilegítima la acción colectiva en tanto que restrictiva, y valorando su posible justificación en atención a su objetivo y proporcionalidad.

A diferencia de otros casos de derechos fundamentales, por tanto, la medida no se considera justificada por ser expresión de un derecho fundamental –la protección del derecho *per se* no constituye una justificación suficiente-, sino que el Tribunal exige examinar la finalidad del ejercicio de este derecho –esto es, el fin de la acción colectiva-, para determinar su admisibilidad y controlar posteriormente su necesidad y proporcionalidad. Se establece así que el Tribunal nacional debe examinar si la acción colectiva tiene una finalidad efectiva de protección de los trabajadores, y si los puestos o condiciones de trabajo estaban realmente bajo serio peligro, excluyendo por tanto otros fines de la acción colectiva. Se admite que este tipo de acción puede constituir una medida adecuada, pero se obliga al Tribunal nacional a valorar su proporcionalidad en sentido estricto, examinando si no había una medida menos gravosa y si el sindicato había agotado todos los demás medios existentes. El reconocimiento del derecho fundamental a la acción de conflicto colectivo resulta así, paradójicamente, en

---

51/96 y 191/97); de 6 de junio de 2000, *Angonese* (C-281/98); y de 19 de febrero de 2002, *Wouters y otros* (C-309/99). En todos ellos, el Tribunal había afirmado que las libertades de circulación se extienden a reglas no provenientes de autoridades públicas que tuvieran por objetivo regular de forma colectiva el empleo por cuenta ajena, por cuenta propia, y la prestación de servicios. Sin embargo, excepto en la sentencia *Angonese*, todas ellas concernían normas de asociaciones profesionales (asociaciones deportivas, colegios de abogados) que tenían en la práctica poderes reguladores cuasi públicos.

<sup>1023</sup> El Tribunal considera que la acción colectiva de los sindicatos tiene también un efecto regulador de la prestación de servicios y del derecho de establecimiento. Sin embargo, no tiene en cuenta la naturaleza no pública de estos órganos, que quedan con ello sujetos a la obligación de justificar sus actividades. El Abogado General Maduro, en sus Conclusiones presentadas el 23 de mayo de 2007, había propuesto un test distinto, que graduara la aplicación de estas libertades a los sujetos privados en función de su capacidad de afectación de estas libertades. Véase DASHWOOD, Alan; “*Viking and Laval: Issues of Horizontal Direct Effect*”, en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 10, 2007-2008, p. 535.

una limitación de su protección<sup>1024</sup>, sometiéndose su ejercicio a la mínima afectación posible de la libre circulación y restringiendo los fines que puede perseguir.

La misma aproximación se desprende de la sentencia *Laval*, donde se cuestionaba una acción de conflicto colectivo de los sindicatos suecos dirigida contra la empresa letona Laval, para que se adhiriera, en relación con los trabajadores que había desplazado a Suecia, al convenio colectivo de la construcción que regulaba los salarios y las condiciones laborales, y que constituía la única vía en este Estado de imponer un salario mínimo a los trabajadores desplazados. Ante la impugnación de la acción colectiva como contraria a la libertad de servicios (art. 56 TFUE), el Tribunal reiteró los argumentos sobre la aplicación de las libertades a las acciones colectivas, y examinó la posibilidad de intentar, a través de éstas, la imposición de condiciones salariales que, aunque previstas en la Directiva 96/71 como elementos que el Estado de acogida puede aplicar a los trabajadores desplazados, en Suecia no se hallaban establecidas por la vía que la mencionada Directiva preveía para imponerlas<sup>1025</sup>. El Tribunal consideró que la Directiva prevé un núcleo de reglas imperativas de protección mínima para los trabajadores desplazados, pero se refiere sólo al salario mínimo, de forma que no podía obligarse a las empresas extranjeras a una negociación del nivel de salario determinada caso por caso y que fuera más allá del mínimo. La acción de los sindicatos constituía por tanto una restricción a la libertad de servicios que, aunque reconocida como derecho fundamental, debía ser controlada en atención a los fines y la proporcionalidad de la acción colectiva, no estando en la práctica justificada puesto que iba más allá de la protección mínima de la Directiva, y que los sindicatos no podían alegar razones de orden público como justificación<sup>1026</sup>.

---

<sup>1024</sup> NOVITZ, Tonja; “A Human Rights Analysis of the Viking and Laval Judgements”, en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 10, 2007-2008, p. 542.

<sup>1025</sup> La Directiva del Parlamento europeo y del Consejo 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996, prevé para los trabajadores desplazados a otro Estado miembro la aplicación de ciertas condiciones de trabajo (entre otras, el salario mínimo) del Estado donde trabajan, siempre que éstas estén fijadas por disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas, o por convenios colectivos declarados de aplicación general. En ausencia de un sistema de declaración de aplicación general de los convenios colectivos (como ocurre en Suecia), el Estado puede tomar como base los convenios colectivos que afecten a todas las empresas del sector, o bien aquéllos concluidos por los interlocutores sociales más representativos, siempre que ello garantice una igualdad de trato entre todas las empresas. En Suecia, la Ley 1999:678 que transpone la Directiva no obliga a las empresas extranjeras a aplicar los convenios colectivos suecos, para no generar desigualdades, puesto que no todas las empresas nacionales están sujetas a un convenio. Ciertas condiciones de trabajo mencionadas en la Directiva sí se establecen a través de ley, pero no el salario mínimo, puesto que los salarios se negocian habitualmente en el lugar de trabajo, con posterioridad a la conclusión de un convenio.

<sup>1026</sup> El Tribunal establece que, al no ser los sindicatos órganos de Derecho público, no pueden alegar razones de orden público, y que por lo demás no existía en Suecia una regulación general sobre salarios mínimos suficientemente clara, de forma que la materia tampoco podía considerarse de interés general (párrafo 110).

La consideración de los derechos de conflicto colectivo en ambas sentencias ha sido ampliamente criticada, en la medida en que supone su apreciación únicamente como restricciones a las libertades de circulación<sup>1027</sup>, sin tener en cuenta su carácter de derechos fundamentales plenamente reconocidos a nivel estatal<sup>1028</sup>. Su reconocimiento en las constituciones nacionales como derechos no absolutos, y su protección en la Carta de Derechos Fundamentales “de conformidad con el Derecho de la Unión” (art. 28), conducen al órgano judicial a afirmar su posible limitación y la necesidad de conciliarlos con las obligaciones derivadas del Tratado, invirtiendo el control clásico de proporcionalidad –que a nivel estatal se aplica a las acciones públicas limitativas de derechos-, y entrando plenamente en la valoración del tercer limbo del principio de proporcionalidad –la proporcionalidad en sentido estricto-<sup>1029</sup>.

La limitación del ejercicio de los derechos sociales de libertad se aprecia también en otros casos, en los que se cuestiona la validez de una norma estatal contraria a las libertades de circulación –o a las Directivas que la desarrollan-, cuyo contenido supone apoyar y fomentar el derecho de negociación colectiva, o bien dar aplicación a un convenio colectivo ya adoptado por los agentes sociales. El primer caso se ha planteado ante el Tribunal en dos supuestos –el asunto *Rüffert*<sup>1030</sup> y el asunto *Comisión c. Luxemburgo*<sup>1031</sup>-, en los que se ha

<sup>1027</sup> Véase DAVIES, Anne; “One Step Forward, Two Steps Back? The *Viking* and *Laval* Cases in the ECJ”, en *Industrial Law Journal*, vol. 37, núm. 2, 2008, p. 139.

<sup>1028</sup> La existencia de un derecho a la huelga, que es clara para los Estados del modelo continental, no lo es tanto para en otros Estados, como el Reino Unido, donde la huelga se construye como un daño al empresario que goza en ciertos casos de “inmunidad”. Incluso para este Estado, no obstante, estas sentencias del Tribunal de Justicia resultan más restrictivas que su doctrina habitual. Véase BARNARD, Catherine; “*Viking* and *Laval*: An Introduction”, en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 10, 2007-2008, p. 488 y ss.

<sup>1029</sup> En los casos de restricción a las libertades de circulación, el Tribunal valora habitualmente si existe una razón de justificación, y examina su necesidad, pero es discutible en cambio que entre en el control de la proporcionalidad en sentido estricto. En las sentencias sobre la acción colectiva, en cambio, entra plenamente en los criterios que pueden indicar la proporcionalidad, yendo mucho más allá del control habitual. Véase HÖS, Nikolett; “The Principle of Proportionality in *Viking* and *Laval*: An Appropriate Standard of Judicial Review?”, en *European Labour Law Journal*, vol. 1, 2010, p. 251.

<sup>1030</sup> Véase la STJCE de 3 de abril de 2008, *Rüffert* (C-346/06), referido a una ley del Land Baja Sajonia que sólo permitía la adjudicación de contratos públicos de construcción a empresas que respetaran los salarios del convenio aplicable en el lugar de ejecución del servicio, y que controlaran el respeto de estos salarios por las empresas subcontratadas. El Tribunal consideró que esta normativa iba más allá de lo permitido por la Directiva 96/71, en la medida en que no constituía un salario mínimo previsto por disposición legislativa o reglamentaria o por un convenio de aplicación general –el salario se remitía al convenio, que no era de aplicación general- (art. 3.1 Directiva), y que imponía de forma obligatoria este respeto, en una protección más estricta que la prevista por la Directiva, que sólo permite imponer condiciones más favorables de forma voluntaria (art. 3.7).

<sup>1031</sup> Véase la STJCE de 19 de junio de 2008, *Comisión c. Luxemburgo* (C-319/06), referido a la ley de transposición de la Directiva 96/71 en Luxemburgo, que establece que deberán considerarse disposiciones de orden público (aplicables por tanto a los trabajadores desplazados) todas las establecidas por ley, reglamento o convenios colectivos relativos a determinadas materias enumeradas. El Tribunal consideró que las disposiciones de orden público que pueden ser impuestas a los trabajadores desplazados (art.3.10) son aquéllas que se

cuestionado la normativa estatal en relación con la Directiva 96/71 sobre trabajadores desplazados, por obligar a las empresas extranjeras al cumplimiento de ciertos convenios colectivos nacionales, yendo más allá de la protección que prevé la Directiva. En ambos casos, el Tribunal ha afirmado la condición de protección mínima de esta Directiva, pero también su condición de protección máxima obligatoria para los trabajadores desplazados, que no puede aumentarse sino de forma voluntaria y con el acuerdo del empresario: el interés de fomentar la aplicación de los convenios colectivos no aparece en el razonamiento del Tribunal, que no lo considera ni siquiera como razón que pudiera fundar una excepción a la libertad de servicios, quedando por tanto la aplicación de los convenios colectivos –y la efectividad del ejercicio de la negociación colectiva - enteramente sujeta en este ámbito a las condiciones de la libertad de servicios.

Una aproximación ligeramente distinta se desprende del conflicto entre las libertades de circulación y las normas estatales que aplican un convenio colectivo, donde el Tribunal más recientemente parece tener en cuenta el derecho fundamental a la negociación colectiva e intentar una ponderación entre los elementos en conflicto en una cierta posición de igualdad. En el asunto *Comisión c. Alemania*, se planteó la compatibilidad de ciertos actos de las Administraciones locales alemanas con las Directivas de contratación pública –Directiva 92/50/CEE y Directiva 2004/18/CE-, puesto que habían adjudicado ciertos contratos, relativos a un seguro complementario de pensión, a una serie de órganos directamente designados en un convenio colectivo, sin el correspondiente procedimiento de licitación a nivel europeo<sup>1032</sup>. El Tribunal parte, igual que en otros casos, de la afirmación de que los actos cuestionados entran dentro del ámbito de aplicación de las Directivas, que no quedan excluidas por el hecho de que esté en juego el ejercicio del derecho fundamental de negociación colectiva ni por la finalidad social del convenio colectivo. Sin embargo, a diferencia de otros casos, la conciliación entre ambas normas se realiza, no únicamente examinando el derecho social fundamental como restricción a estas libertades, sino valorando en qué medida las Directivas en cuestión son compatibles con los objetivos perseguidos por el derecho fundamental, lo que parece condicionar su aplicabilidad al caso concreto: el Tribunal analiza si los objetivos

---

consideren cruciales para la salvaguarda de la organización política, social o económica del Estado miembro, y ligadas al interés público, de forma que se imponen a todo sujeto en su territorio, no pudiendo considerarse como tales todas las disposiciones legales, reglamentarias o derivadas de convenios colectivos.

<sup>1032</sup> Véase la STJCE de 15 de julio de 2010, *Comisión c. Alemania* (C-271/08). El caso hacía referencia a la posibilidad prevista por la normativa alemana de convertir futuros salarios en prestaciones de jubilación. El convenio colectivo en el ámbito de las Administraciones locales establecía que dicha conversión de salarios debía efectuarse a través de entidades públicas de seguro de vejez de nivel complementario. Los contratos para efectuar este servicio se atribuyeron directamente a estas entidades, sin proceso de licitación pública europeo.

alegados por el Estado alemán son compatibles con el cumplimiento de las Directivas –esto es, si podían conseguirse también mediante el correspondiente proceso de licitación-<sup>1033</sup>, y aunque concluye en la existencia de tal compatibilidad, parece deducirse de su razonamiento que la aplicación de las Directivas podría quedar excluida, si se hallara incompatible con los derechos sociales<sup>1034</sup>.

La necesidad de limitar la influencia limitadora de las libertades de circulación sobre los derechos sociales se ha plasmado, asimismo, en las iniciativas legislativas que ha tomado recientemente la Comisión, proponiendo una Directiva sobre la aplicación de la Directiva 96/71 en relación con los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios<sup>1035</sup>, así como un Reglamento sobre el ejercicio del derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libertad de servicios –que ha sido no obstante retirado-<sup>1036</sup>. Por el momento, no obstante, la influencia de estas libertades sobre el ejercicio de los derechos sociales sigue rigiéndose por los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal, que tienen, considerados en conjunto, un efecto fuertemente reductor de la autonomía colectiva de los sindicatos ante situaciones transnacionales. Los derechos sociales del ámbito laboral pierden así su virtualidad limitadora de la libertad económica, erosionándose el mecanismo que ha permitido precisamente la ubicación del trabajo en una situación de igualdad real frente a la empresa: la fuerza que se atribuye en los Estados a los sindicatos, permitiendo la actividad de conflicto y su asociación para la consecución de sus intereses, queda fuertemente matizada por el Derecho de la Unión,

---

<sup>1033</sup> El Gobierno alemán aducía que de este modo se obtenían condiciones más favorables para los trabajadores, permitiendo la agrupación de riesgos y la selección de entidades de demostrada experiencia y solidez financiera, y evitando a los empresarios municipales un proceso individual de selección más costoso. El Tribunal considera no obstante que los mismos objetivos pueden ser asegurados mediante el procedimiento de licitación europeo, puesto que el Estado puede establecer las condiciones que deben cumplir las empresas adjudicatarias (párrafos 51 a 66). SYRPIS, Phil; “Reconciling Economic Freedoms and Social Rights- The Potential of *Commission v. Germany* (Case C-271/08, Judgment of 15 July 2010)”, en *Industrial Law Journal*, vol. 40, núm. 2, 2010, p. 224.

<sup>1034</sup> La Abogada General Trstenjak, en sus Conclusiones presentadas el 14 de abril de 2010, argumentó que en la realización de la conciliación entre ambos derechos, debe tenerse en cuenta que la concreción de una libertad fundamental constituye un objetivo legítimo que puede limitar un derecho fundamental, pero que también inversamente la concreción de un derecho fundamental puede restringir una libertad fundamental (párrafo 188).

<sup>1035</sup> Véase la propuesta de Directiva COM(2012) 131 final, que contiene una cláusula en la que se establece que la Directiva no afectará en ningún modo el ejercicio de derechos fundamentales reconocidos por los Estados miembros y por el Derecho de la Unión, incluyendo el derecho a la huelga y de conflicto colectivo (art. 1.2).

<sup>1036</sup> Véase la propuesta de Reglamento COM(2012) 130 final, retirada ante la oposición de una mayoría de Parlamentos nacionales por no respetar el principio de subsidiariedad.

en tanto se restringe la posibilidad de defensa de la posición de los trabajadores ante el movimiento transnacional de las empresas<sup>1037</sup>.

### **iii. La ampliación de los sujetos respecto a los que se ejerce la procura existencial**

El Derecho de la Unión ejerce asimismo una influencia expansiva sobre los derechos y obligaciones sociales, ampliando el grupo de sujetos respecto a los que el Estado debe realizar una actividad de procura existencial. Ello se produce a través del reconocimiento de derechos de acceso a prestaciones cuando el individuo actúa ejerciendo su libertad de circulación, de forma que pueda obtener, en otros Estados miembros, prestaciones o servicios sociales, en condiciones de igualdad con los nacionales. La alianza entre las libertades de circulación y los derechos sociales<sup>1038</sup> tiene lugar esencialmente en dos supuestos en el ámbito del Tratado: por un lado, la libre circulación de trabajadores y las disposiciones sobre ciudadanía han resultado, en la jurisprudencia del Tribunal y el Derecho derivado, en una ampliación de las facultades de acceso a derechos sociales en otros Estados miembros; por otro lado, la dimensión pasiva de la libertad de servicios, como derecho de los individuos a desplazarse para obtener ciertas prestaciones, ha supuesto una ampliación de las facultades de acceso a servicios sociales en otros Estados miembros.

La introducción de la ciudadanía de la Unión se produce, como se vio, a partir del artículo 20 TFUE, que atribuye a los nacionales de todos los Estados miembros, entre otros, un derecho de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros, sujeto sólo a las limitaciones previstas en los Tratados y en el Derecho derivado (art. 21.1 TFUE). La interpretación de este derecho, junto con la prohibición general de discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito del Tratado (art. 18 TFUE), ha dado lugar en la jurisprudencia del Tribunal a una construcción que ha revertido en una ampliación del ámbito personal y

---

<sup>1037</sup> Ello no tiene en cuenta tampoco el papel necesario de los sindicatos para el funcionamiento del mercado y el mantenimiento de la paz social. Véase BERCUSSON, Brian; “The Trade Union Movement and the European Unión: Judgment Day”, en *European Law Journal*, vol. 13, núm. 3, 2007, p. 290 y ss, quien enfatiza el papel de los sindicatos y la acción de conflicto colectivo como parte de la eficiencia del mercado, que constituye el objetivo principal de la integración económica. En el mismo sentido, POIARES MADURO, Miguel; “Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU”, en ALSTON, Philip (ed.); *The EU and Human Rights*, OUP, Oxford, 1999, p. 470, quien destaca que la eficiencia del mercado requiere un conjunto de derechos sociales que garanticen la participación y representación en las decisiones de mercado, internalizando así los costes que suelen ser ignorados en estas decisiones.

<sup>1038</sup> El concepto de “alianza” entre derechos fundamentales y libertades de circulación ha sido utilizado por la doctrina, para destacar que estos elementos no siempre se oponen sino que pueden reforzarse mutuamente. Véase BRIBOSIA, Emmanuelle; *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire: le poids respectif des logiques fonctionnelle et autonome dans le cadre normatif et jurisprudentiel*, Université Libre de Bruxelles, thèse, 2000, p. 4-5. BAILLEUX, Antoine; *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire*, Bruylant, Bruxelles, thèse, 2009, p. 26 y ss.

material del Tratado, atribuyendo a todos los ciudadanos legalmente residentes en otro Estado miembro el acceso en igualdad a las prestaciones sociales en dicho Estado. Si es cierto que este acceso se halla sujeto a condiciones en algunos casos –especialmente, los relativos a ciudadanos inactivos-, esta jurisprudencia ha supuesto una ampliación de los sujetos destinatarios de la procura existencial en los Estados miembros, extendiéndose, a través de la atribución de estos derechos individuales, el deber de los poderes nacionales a todos los ciudadanos europeos.

La ampliación del ámbito personal del Tratado se produce con la interpretación de los artículos 20 y 21 TFUE por el Tribunal, considerando que todo ciudadano tiene un derecho autónomo a la libre circulación y residencia en otro Estado miembro, y cuyo ejercicio no puede ser sometido a restricciones. Si la aproximación clásica había sido, para la aplicación del Tratado, la exigencia de una situación transnacional y de un vínculo económico –hallándose la libre circulación de los sujetos inactivos seriamente limitada y siendo necesarias ambas condiciones para generar derechos-<sup>1039</sup>, la nueva interpretación permite invertir esta lógica, considerando que la propia ciudadanía atribuye al sujeto el derecho a la libre circulación, y cayendo por ello todos los nacionales de un Estado miembro dentro del ámbito de aplicación del Tratado<sup>1040</sup>. Ello se acompaña, al mismo tiempo, de una ampliación del ámbito material de aplicación del Tratado, a través de la atribución a todos los ciudadanos de un derecho a no ser discriminados por razón de la nacionalidad en el Estado de acogida, que se extiende a materias inicialmente no cubiertas por el Derecho de la Unión: en la medida en que todo ciudadano tiene un derecho autónomo a circular y a residir libremente en el territorio de otro Estado miembro –derivado de la propia condición de ciudadanía-, el Tribunal ha considerado que tiene también derecho a invocar el principio de no discriminación (art. 18 TFUE) en relación con el trato que recibe en el Estado de acogida, lo que adquiere relevancia especialmente en aquellas regulaciones estatales que tienen habitualmente un elemento de territorialidad –las regulaciones sociales y fiscales-<sup>1041</sup>.

<sup>1039</sup> En este sentido, la STJCE de 23 de febrero de 1994, *Scholz* (C-419/92), párrafo 9.

<sup>1040</sup> Véase por ejemplo la STJCE de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast* (C-413/99), donde el Tribunal establece que el Tratado no exige que los ciudadanos de la Unión ejerzan una actividad económica profesional para poder disfrutar de los derechos previstos, y que no hay nada en el Tratado que permita considerar que los ciudadanos de la Unión, cuando como el Sr. Baumbast se hubieran establecido en otro Estado miembro para ejercer una actividad económica, se vean privados de los derechos conferidos por el Tratado cuando esta actividad finalice (párrafo 83).

<sup>1041</sup> SPAVENTA, Eleanor; “Seeing the Woods despite the Trees? On the Scope of Unión Citizenship and its Constitutional Effects”, en *Common Market Law Review*, vol. 45, 2008, p. 14.

Así se ha establecido, por ejemplo, en relación con diversos tipos de prestaciones, exigiendo el Tribunal su atribución en igualdad a todos los ciudadanos de la Unión. En el asunto *Martínez Sala*, por ejemplo, el órgano judicial consideró que una regulación alemana que restringía las prestaciones por hijo a los sujetos que tuvieran la residencia habitual en Alemania y estuvieran en posesión de un permiso de estancia o residencia hacía referencia a una prestación cubierta por el Derecho comunitario –en concreto, por el Reglamento 1408/71, aunque no era aplicable al caso-, y debía por tanto considerarse una cuestión respecto a la que era exigible la no discriminación<sup>1042</sup>. De forma similar, en la sentencia *Grzelczyk*, el Tribunal consideró que la regulación belga que restringía la asistencia social a los nacionales belgas, exigiendo para los no nacionales la condición de trabajador, era incompatible con el Derecho de la Unión, entrando la situación dentro del ámbito del Tratado –aunque no existía actividad económica y que la Unión no tiene competencias sobre ello-, y exigiendo la atribución de la prestación en igualdad a todos los ciudadanos europeos<sup>1043</sup>. El Tribunal amplía, de esta forma, los sujetos que el Estado debe tener en cuenta en la previsión y planificación de la procura existencial, atribuyendo a los individuos un derecho a reclamar las prestaciones en igualdad cuando ejercen la libre circulación o el derecho de residencia en otros Estados miembros.

La importancia de la ciudadanía social no debe, sin embargo, exagerarse, en la medida en que, en relación con los ciudadanos no activos económicamente, se admite todavía la exigencia de condiciones adicionales por el Estado de acogida, que garanticen una conexión e integración real del individuo en la sociedad donde habita –por ejemplo, un tiempo de residencia o de ejercicio de una actividad profesional previa en su territorio-<sup>1044</sup>. Las características que singularizan la atribución de derechos sociales, en tanto que expresión de una cierta solidaridad y redistribución entre los miembros de una comunidad determinada, conllevan la admisión por el Tribunal de ciertos requisitos que limitan el acceso a dichas prestaciones, en especial cuando se trata de ciudadanos inactivos que no han contribuido previamente al sistema nacional<sup>1045</sup>. Ello constituye, por un lado, un indicio de mayor respeto

<sup>1042</sup> Véase la STJCE de 12 de mayo de 1998, *Martínez Sala* (C-85/96), párrafo 58.

<sup>1043</sup> Véase la STJCE de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk* (C-184/99). También sobre la asistencia social, véase la STJCE de 7 de septiembre de 2004, *Trojani* (C-456/02). El mismo razonamiento se ha repetido en relación con prestaciones de desempleo o acceso al mercado laboral (STJCE de 23 de marzo de 2004, *Collins*, C-138/02), la formación y educación profesional (STJCE de 13 de febrero de 1985, *Gravier*, C-293/83), o las becas y ayudas a la educación (STJCE de 15 de marzo de 2005, *Bidar*, C-209/03), así como en ciertas prestaciones de vivienda (STJCE de 18 de mayo de 1989, *Comisión c. Alemania*, C-249/86).

<sup>1044</sup> SSTJCE de 23 de marzo de 2004, *Collins* (C-138/02); y de 15 de marzo de 2005, *Bidar* (C-209/03).

<sup>1045</sup> Véase por ejemplo la STJCE de 18 de julio de 2007, *Geven* (C-213/05), relativa a la prestación de crianza de hijo en Alemania, donde el Tribunal considera justificada su restricción a los residentes en Alemania o a los sujetos que puedan mostrar una integración significativa.

a la voluntad reguladora de los Estados, y a su capacidad de delimitación y planificación de la procura existencial –evitando el “turismo social” y permitiendo a los Estados mantener el equilibrio financiero de sus sistemas-; pero por otra parte muestra las limitaciones de la integración europea, que no alcanza a generar un derecho de circulación y residencia en iguales condiciones para todos los ciudadanos.

Los criterios principales de esta jurisprudencia han sido recogidos posteriormente en la Directiva 2004/38, adoptando una aproximación gradual que atribuye mayores derechos en función del tiempo de estancia o residencia del no nacional en el Estado de acogida. La residencia hasta tres meses no puede condicionarse por los Estados a otra circunstancia que la posesión de un documento de identidad válido (art. 6), mientras que la residencia entre tres meses y cinco años se atribuye únicamente a aquellos sujetos que sean económicamente activos o que tengan recursos suficientes (art. 7), obteniendo los ciudadanos que hayan residido legalmente en otro Estado miembro por más de cinco años un derecho de residencia permanente, no sujeto a las condiciones de los demás supuestos (art. 16). Se establece, asimismo, el derecho a la igualdad de trato respecto a los nacionales (art. 24.1), si bien en los dos primeros grupos no hay una obligación de prestar asistencia social ni de conceder ayudas para el estudio o formación profesional (art. 24.2)<sup>1046</sup>. La propia gradación de la Directiva constituye una manifestación concreta del concepto de integración real del individuo<sup>1047</sup>, que modula el acceso a los derechos sociales en función del tiempo de residencia y de la actividad económica ejercida en el territorio de acogida.

La ampliación de los sujetos respecto a los que se ejerce la procura existencial puede percibirse, por otro lado, en la aplicación de la libertad de servicios a las actividades sociales del Estado, que ha permitido a los particulares, en el ejercicio de esta libertad en su dimensión pasiva –el derecho del receptor del servicio a desplazarse para obtenerlo-, desplazarse a otros Estados para la obtención de prestaciones, reduciéndose las opciones de los poderes nacionales de limitar o desincentivar dichos movimientos. El Tribunal ha establecido, especialmente en materia sanitaria, que los Estados no pueden restringir la circulación de los

---

<sup>1046</sup> Esta condición de la Directiva 2004/38 parece ser más estricta que la jurisprudencia del Tribunal, que establecía que el recurso del sujeto a la asistencia social no podía por sí sola fundamentar la expulsión del mismo, debiendo el Estado de acogida explorar otras opciones menos gravosas, y tener en cuenta la situación global del sujeto. STJCE de 15 de marzo de 2005, *Bidar* (C-209/03).

<sup>1047</sup> Así lo indica LENAERTS, Koen; “European Unión Citizenship, National Welfare Systems and Social Solidarity”, en *Jurisprudencia*, 2011, p. 401. En un sentido similar, desde un punto de vista más crítico con el avance que supone la ciudadanía europea para los ciudadanos económicamente no activos, WOLLENSCHLÄGER, Ferdinand; “A New Fundamental Freedom beyond Market Integration: Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration”, *op. cit.*, 2011, p. 33.

individuos en estos supuestos, sometiendo los regímenes nacionales que exigen una autorización para el reembolso de los gastos sanitarios efectuados en otros Estados a un examen de su justificación y proporcionalidad, y exigiendo determinados requisitos que aseguran la mínima injerencia en las posibilidades de circulación<sup>1048</sup>. Así se ha reflejado, asimismo, en la Directiva del Parlamento y del Consejo 2011/24/UE, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, que recoge los principios de la jurisprudencia en esta materia<sup>1049</sup>.

El Derecho de la Unión extiende, por tanto, los sujetos que el Estado debe tener en cuenta en su actividad de procura existencial, modificando la concepción tradicional de su realización únicamente en relación con los propios nacionales –aunque no extendiéndola a nacionales de terceros estados-. Ello implica, sin embargo, una cierta alteración del esquema clásico de la actividad social del Estado, donde la protección social del individuo respondía a criterios de solidaridad identificados con la comunidad nacional, y se basaba en una serie de obligaciones de contribución que hacían posible la puesta en pie de los servicios y prestaciones necesarias. La integración europea exige, como ha señalado el Tribunal, un “cierto grado de solidaridad entre los Estados miembros”<sup>1050</sup>, lo que genera la posibilidad del particular de solicitar servicios en otros Estados, generando una apertura de los sistemas sociales, que puede implicar peligros importantes en cuanto a su equilibrio y sostenibilidad financiera.

La aproximación individualista del Tribunal favorece un sistema que prioriza el acceso de los particulares a las prestaciones sociales, pero carece al mismo tiempo de toda dimensión política o colectiva de solidaridad, ignorando los efectos globales redistributivos y de justicia social en sentido sustantivo<sup>1051</sup>: el aumento del acceso individual a derechos sociales puede entrañar, por ello, el debilitamiento de los sistemas nacionales y la reducción de su contenido, en la medida en que suprime el control del Estado sobre el equilibrio entre contribuciones y

---

<sup>1048</sup> SSTJCE de 28 de abril de 1998, *Kohll* (C-158/96), y de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms* (C-157/99). Con más detalle sobre esta jurisprudencia, *infra* Sección IV.A.i.

<sup>1049</sup> Véase SAUTER, Wolf; “Harmonisation in Healthcare: the EU Patients’ Rights Directive”, TILEC Discussion Paper, 2011, p. 4 y ss.

<sup>1050</sup> STJCE de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk* (C-184/99), párrafo 31.

<sup>1051</sup> En este sentido, GIUBBONI, Stefano; “Social Europe after the Lisbon Treaty. Some Sceptical Remarks”, en *European Journal of Social Law*, vol. 4, 2011, p. 251, quien destaca que este modelo puede convertirse en un modo individualista, oportunista y hasta egoísta de obtener acceso transnacional a las prestaciones sociales. En sentido similar, KOUTRAKOS, Panos; “Healthcare as an Economic Service under EC Law”, en SPAVENTA, Eleanor; DOUGAN, Michael; *Social Welfare and EU Law*, *op. cit.*, 2005, p. 126, quien destaca los fines económicos de la construcción del Tribunal, estando ausente toda aproximación desde el Estado social.

prestaciones, quebrando la relación entre derechos sociales, obligaciones fiscales y vínculos democráticos y de reciprocidad que se halla en los sistemas nacionales<sup>1052</sup>.

#### **iv. El refuerzo de los contenidos de igualdad**

El contenido de los derechos sociales resulta, por otro lado, ampliado a través de otro grupo de disposiciones, que genera efectos directamente en los ordenamientos internos. El principio de igualdad y no discriminación puede dar lugar para los particulares a derechos concretos de igualdad, reconocidos a través de las Directivas que lo desarrollan, o derivados de la interpretación del principio general del Derecho comunitario por el Tribunal de Justicia. Si el desarrollo de un principio general de igualdad que abarque todos los ámbitos no parece añadir demasiado a los derechos estatales –que ya contienen habitualmente estos principios–, es la interpretación avanzada de su contenido por el Tribunal lo que puede contribuir a reforzar las posiciones individuales, a través de una lectura que potencia la visión sustantiva de ciertos principios, y de la deducción de nuevas obligaciones de no discriminación, no contempladas expresamente en los sistemas estatales.

La lectura avanzada de las disposiciones de no discriminación se produce con la adopción por el Tribunal de conceptos poco utilizados a nivel estatal, que han sido recogidos posteriormente en las Directivas antidiscriminación del 2000 –la Directiva 2000/43 sobre igualdad racial y la Directiva 2000/78 sobre igualdad en el empleo–, y se han extendido posteriormente al ámbito de la no discriminación por razón de sexo –en la Directiva 2004/113 sobre el acceso a bienes y servicios y la Directiva 2006/54 sobre asuntos de empleo y ocupación (refundición)–. Estos instrumentos establecen un marco de conceptos y principios muy precisos, que orientan y condicionan la valoración del órgano judicial, permitiendo descubrir las discriminaciones que no son directamente evidentes, y posibilitando al demandante mayores medios procesales de prueba y de reclamación.

El concepto de discriminación de las Directivas parte de una noción objetiva, que se fija en los efectos de las normas y medidas encausadas y no en la intención de sus autores. Por un lado, se prohíbe la discriminación directa, que viene dada por un trato que sea directamente menos favorable que el de otra persona en situación comparable (art. 2.2.a de las Directivas

---

<sup>1052</sup> SCHARPF, Fritz; “The Double Asymmetry of European Integration. Why the EU Cannot Be a Social Market Economy”, *op. cit.*, p. 29. En sentido similar, destacando las dificultades de abrir los sistemas sociales estatales en razón del carácter nacional que tiene todavía la comunidad de solidaridad en que se basan, véase DOUGAN, Michael; SPAVENTA, Eleanor; “‘Wish You Weren’t Here...’ New Models of Social Solidarity in the European Union”, en SPAVENTA, Eleanor; DOUGAN, Michael; *Social Welfare and EU Law*, *op. cit.*, 2005, p. 181 y ss.

2000/43 y 2000/78, art. 2.a de la Directiva 2004/113, art. 2.1.a Directiva 2006/54). Por otro lado, se excluye la discriminación indirecta, que se refiere a toda disposición o práctica aparentemente neutra que sitúe a la persona en desventaja con respecto a otras personas por una razón prohibida, salvo que esté justificada objetivamente y sea proporcionada<sup>1053</sup> (art. 2.2.b de las Directivas 2000/43 y 2000/78, art. 2.b de la Directiva 2004/113, art. 2.1.b Directiva 2006/54). Asimismo, se prevén conceptos como el “acoso” y el “acoso sexual”, que se consideran también comportamientos discriminatorios<sup>1054</sup>.

Las Directivas contienen asimismo principios procesales que facilitan al individuo discriminado la defensa de sus derechos, estableciendo la obligación de los Estados de velar por la existencia de procedimientos judiciales y administrativos para exigir su cumplimiento, así como de posibilitar el recurso administrativo o judicial por las asociaciones u organizaciones con un interés legítimo (art. 7 Directiva 2000/43, art. 9 Directiva 2000/78, art. 8 Directiva 2004/113, art. 17 Directiva 2006/54). Los Estados quedan obligados, asimismo, a incorporar a su normativa interna la inversión de la carga de la prueba, de forma que, excepto en los procesos penales, corresponderá a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato (art. 8 Directiva 2000/43, art. 10 Directiva 2000/78, art. 9 Directiva 2004/113, art. 19 Directiva 2006/54), siempre que el demandante aporte un indicio que muestre la apariencia de discriminación, y pudiendo utilizar pruebas de carácter estadístico que muestren el trato desigual del colectivo al que pertenece<sup>1055</sup>. Ello supone, para los Estados miembros, la obligación de proveer al sujeto discriminado de instrumentos importantes para su defensa, lo que revierte en el refuerzo de las facultades del individuo en relación a la reclamación y garantía de sus derechos igualdad<sup>1056</sup>.

---

<sup>1053</sup> El Tribunal admite distintas razones para la justificación de las discriminaciones indirectas, como objetivos de política social y promoción de la contratación, la política de desarrollo económico y creación de empleo, o la necesidad de garantizar una buena gestión del gasto público destinado a cuidados médicos especializados. No obstante, existe cierta oscilación entre las razones que admiten el Tribunal de Justicia y los Tribunales nacionales, lo que genera inseguridad jurídica. Véanse por ejemplo las SSTJCE de 9 de febrero de 2009, *Seymour-Smith y Pérez* (C-167/97); de 20 de marzo de 2003, *Kutz-Bauer* (C-187/00); de 10 de marzo de 2005, *Nikoloudi* (C-226/02); o de 6 de abril de 2000, *Jorgensen* (C-226/98).

<sup>1054</sup> El acoso se define como el comportamiento que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio (art. 2.3 de las Directivas 2000/43 y 2000/78, art. 2.c de la Directiva 2004/113, art. 2.1.c Directiva 2006/54). Sobre el acoso sexual, véase el artículo 2.d Directiva 2004/113, y el artículo 2.1.d Directiva 2006/54.

<sup>1055</sup> Ello genera problemas especialmente en cuanto a la protección de datos, puesto que en la mayor parte de Estados las estadísticas laborales en base a criterios sensibles, como la raza, están prohibidas en razón de la protección de datos. Sin embargo, existen soluciones posibles, véase BRIBOSIA, Emmanuelle; RORIVE, Isabelle; “In Search of a Balance Between the Right to Equality and Other Fundamental Rights”, *Report of the European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, European Commission*, 2010, p. 34 y ss.

<sup>1056</sup> Estos aspectos procesales provenientes del Derecho anglosajón, y generan problemas en la tradición romana. Sin embargo, algunos Tribunales nacionales, como el Tribunal Constitucional español, ya habían introducido

Los derechos que generan estos instrumentos operan, sin embargo, únicamente de forma fragmentada, en la medida en que su aplicación se circunscribe al ámbito determinado en el que opera cada Directiva<sup>1057</sup>. El Tribunal ha desarrollado no obstante, como se vio, un principio de no discriminación como principio general del Derecho comunitario, que se aplica a todas las actuaciones de las instituciones europeas y los Estados en el ámbito del Derecho de la Unión, y que puede contribuir también al refuerzo de los derechos del individuo: éste puede permitir, más allá de las situaciones contempladas por las Directivas, facultades de reclamación de igualdad de trato, pudiendo exigir la ausencia de discriminaciones directas e indirectas por las razones tasadas (art. 19 TFUE) o por cualquier otra razón (art. 21 CDFUE) en todos los campos en que se aplique el Derecho de la Unión.

El principio general de no discriminación se desarrolla inicialmente en materia de género, donde el Tribunal establece ya tempranamente el carácter fundamental del principio de igualdad de remuneraciones (art. 157 TFUE)<sup>1058</sup>, y considera la eliminación de todas las discriminaciones fundadas sobre el sexo como derecho fundamental protegido como principio general del Derecho comunitario –más allá de las remuneraciones-<sup>1059</sup>. Si ello constituyó un importante avance para la garantía de la igualdad de género, permitiendo a las mujeres la reclamación contra las desigualdades de remuneración, este principio tuvo no obstante un menor efecto en otros ámbitos, en la medida en que, según se estableció en la sentencia *Defrenne III*, no puede aplicarse de forma independiente en ausencia de toda disposición de la Comunidad y de competencias sobre la materia<sup>1060</sup>. Sin embargo, su virtualidad parece revitalizarse especialmente a través de la Carta de Derechos Fundamentales, como lo muestra la sentencia *Test-Achats*, en que la exigencia de igualdad entre hombres y mujeres “en todos los ámbitos” (art. 23 CDFUE) ha servido al Tribunal para declarar inválido el precepto de la

---

previamente conceptos similares (STC 87/1998, y 207/2001, entre otras). Véase ESTEVE GARCÍA, Francina; “Las Directivas europeas contra la discriminación racial y la creación de organismos especializados para promover la igualdad. Análisis comparativo de su transposición en España y en Francia”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, 2008, p. 197.

<sup>1057</sup> En este sentido, BRIBOSIA, Emmanuelle; “La lutte contre les discriminations dans l’Union européenne: une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée”, en BAYART, Christian; DROOGHENBROECK, Sébastien; SOTTIEUX, Stefan (eds.); *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Bruxelles, Die Keure, La Charte, 2008, p. 54 y ss.

<sup>1058</sup> STJCE de 8 de abril de 1976, *Defrenne II* (C-43/75), párrafo 12.

<sup>1059</sup> STJCE de 15 de junio de 1978, *Defrenne III* (C-149/77), párrafo 27. El Tribunal debía examinar en el caso la existencia de un principio de no discriminación por razón de sexo en materia de condiciones de empleo y de trabajo, más allá de la igualdad de remuneraciones.

<sup>1060</sup> *Ibidem*, párrafo 30. La misma limitación condujo al Tribunal a rechazar la inclusión en este principio de la discriminación basada en la orientación sexual. Véase la STJCE de 17 de febrero de 1998, *Grant* (C-249/96), que supone un cierto retroceso respecto a la STJCE de 30 de abril de 1996, *P. c. S* (C-13/94).

Directiva 2004/113 que, en el ámbito de los seguros, permitía mantener la distinción por razón de sexo en los factores actuariales de riesgo<sup>1061</sup>.

El principio general de no discriminación puede jugar un rol importante, asimismo, cuando se desarrolla por el Tribunal reforzando los efectos de las Directivas existentes, como ha realizado recientemente la jurisprudencia en materia de discriminación por razón de edad. En el asunto *Mangold*, el Tribunal afirmó, en relación con una normativa alemana que permitía la celebración de ciertos contratos cuando el trabajador superara un límite de edad, la existencia de un principio general de no discriminación por edad deducido de las tradiciones constitucionales y de instrumentos internacionales, que la Directiva 2000/78 únicamente concreta. Así, aunque el plazo de transposición de esta Directiva no hubiera expirado en el caso concreto, la normativa encausada debía declararse contraria al Derecho comunitario, siendo inaplicable incluso en un litigio entre particulares<sup>1062</sup>. La sentencia generó notables críticas<sup>1063</sup>, pero su sentido ha sido concretado por la posterior sentencia *Kücükdeveci*<sup>1064</sup>, donde el Tribunal ha confirmado la existencia del principio de no discriminación por razón de edad, apoyándose ahora además en la Carta de Derechos Fundamentales (art. 21.1): aunque este principio no genera efectos autónomos, el Tribunal reconoce especiales efectos a la Directiva 2000/78 en cuanto expresión del mismo, obligando al Juez nacional a garantizar su

---

<sup>1061</sup> Véase la STJCE de 1 de marzo de 2011, *Test-Achats* (C-236/09), párrafo 32. El Tribunal no menciona explícitamente el principio general de igualdad de sexo, pero basa su razonamiento en los objetivos de igualdad del Tratado (art. 3 TUE) y en los artículos 21 y 23 de la Carta.

<sup>1062</sup> STJCE de 22 de noviembre de 2005, *Mangold* (C-144/04), en relación con una normativa alemana que permitía la celebración de contratos de duración determinada sin aportar una razón objetiva de justificación cuando el trabajador tuviera 58 años o más (rebajándose a 52 durante un período). El Tribunal valora la normativa en relación con la Directiva 2000/78, analizando si puede constituir una distinción por razón de edad justificada en el sentido del artículo 6.1 de la Directiva. Aprecia que ésta puede tener un objetivo legítimo (la inserción profesional de los trabajadores de edad avanzada), pero considera que no cumple los requisitos de proporcionalidad, puesto que se aplica a todos los trabajadores de esta edad, sin considerar su situación personal e independientemente de que antes estuvieran desempleados. Según el Tribunal, dicha vulneración de la no discriminación por razón de edad no podía quedar inmune por el hecho de que no hubiera expirado el plazo para la transposición de la Directiva 2000/78, lo que le lleva a declarar la normativa incompatible en base al principio general de no discriminación por razón de edad que deduce del ordenamiento comunitario (párrafos 74 y ss).

<sup>1063</sup> Éstas se han referido en especial a la invención por el Tribunal de un principio general del Derecho que no es objeto de ningún Tratado internacional ni resulta de las tradiciones constitucionales nacionales (sólo se reconoce en la Constitución finlandesa y la Constitución portuguesa), y que se utiliza para rodear la ausencia de efecto directo horizontal de las Directivas. Véanse por ejemplo las Conclusiones de la Abogada General Sharpston de 30 de noviembre de 2006 (C-227/04), párrafos 55 y ss; y las Conclusiones del Abogado General Mazak de 15 de febrero de 2007 (C-411/05).

<sup>1064</sup> Véase la STJCE de 19 de enero de 2010, *Kücükdeveci* (C-555/07), en que se cuestionaba una normativa alemana que permitía, en caso de despido, establecer un preaviso más corto para los trabajadores menores de 25 años. El Tribunal afirma que el control debe realizarse en relación con el principio general de no discriminación por razón de edad, tal y como se concreta en la Directiva 2000/78 (párrafos 20 y 21), considerando la normativa cuestionada incompatible, en tanto no cumplía con los requisitos de adecuación a sus fines (párrafo 40).

plena eficacia incluso entre litigios entre particulares, “dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio”<sup>1065</sup>.

Las disposiciones del Derecho de la Unión en relación con el principio de igualdad y no discriminación pueden, por tanto, tener un efecto de refuerzo de los derechos ya establecidos a nivel estatal, concretando las obligaciones públicas al respecto y los conceptos con los que debe operar el órgano judicial. Si ello supone, para los particulares, un fortalecimiento muy amplio de sus facultades en el ámbito de la igualdad, debe verse que tiene al mismo tiempo finalidades no enteramente desligadas del marco económico, garantizando a todos la inclusión en el mercado laboral y reduciendo las opciones estatales de realizar políticas diferenciadas en colectivos distintos –como se refleja especialmente en materia de edad<sup>1066</sup>-. Igual que se ha visto en otros ámbitos, la aproximación individualista del Tribunal supone una potenciación notable de las facultades individuales, pero ignora al mismo tiempo las razones colectivas que pueden subyacer a las opciones reguladoras y políticas estatales: ello puede obligar a los poderes nacionales a suscribir un modelo basado en la igualdad de oportunidades, que disminuye al mismo tiempo sus posibilidades de perseguir la igualdad de resultados, en tanto no se adecúan a las vías previstas por el Derecho comunitario.

El tratamiento de las acciones positivas en el Derecho de la Unión refleja esta situación, siendo éstas aceptadas sólo bajo ciertas condiciones. El rechazo inicial a este tipo de acciones ha sido modulado<sup>1067</sup>, en especial tras la incorporación al Tratado de una disposición expresa que las permite (art. 19.2 TFUE), pero el Tribunal sigue manteniendo una aproximación restrictiva, considerándolas como excepción al principio de igualdad –bajo el artículo 2.4 de

---

<sup>1065</sup> El Tribunal, siguiendo las Conclusiones del Abogado General Bot de 7 de julio de 2009, reconoce así la doctrina del efecto directo excluyente de las Directivas en litigios entre particulares, cuando la Directiva sea expresión de un principio general del Derecho comunitario. Véase SCHIEK, Dagmar; “Constitutional Principles and Horizontal Effect: *Kükükdeveci* Revisited”, en *European Labour Law Journal*, vol. 1, 2010, p. 374.

<sup>1066</sup> En materia de edad, la propia Directiva 2000/78 prevé mayores posibilidades de justificación para los Estados (art. 6), en la medida en que se considera un criterio que los poderes públicos toman habitualmente para definir sus políticas de empleo y ocupación. Los casos de discriminación por razón de edad constituyen no obstante un ejemplo del cambio de paradigma que se opera a nivel económico, exigiendo la economía basada en el conocimiento esquemas más flexibles, que no orienten la entera vida laboral y la política social en función de un recorrido predefinido de acuerdo con la edad. La discriminación por razón de edad es por ello controlada cada vez de forma más estricta por el Tribunal, valorando de forma concreta su proporcionalidad. Véase SCHIEK, Dagmar; “Age Discrimination Before the ECJ- Conceptual and Theoretical Issues”, en *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, p. 783. SWINNEN, Willem; “The Economic Perspective in the Reasoning of the ECJ in Age Discrimination Cases”, *European Labour Law Journal*, vol. 1, 2010, p. 254 y ss.

<sup>1067</sup> Véase por ejemplo la STJCE de 17 de octubre de 1995, *Kalanke* (C-450/93), en que se consideró que las medidas que garantizan a las mujeres una prioridad absoluta e incondicional para la contratación o promoción van más allá de la promoción de la igualdad de oportunidades y sobrepasan la excepción del artículo 2.4 de la Directiva 76/207. Posteriormente esta posición se modularía en la STJCE de 11 de noviembre de 1997, *Marschall* (C-409/95), donde el Tribunal acepta que el trato preferencial a las mujeres puede entrar en el ámbito del artículo 2.4 de la Directiva, si contrarresta los efectos perjudiciales de las actitudes sociales hacia las mujeres.

la Directiva 76/207- y no admitiendo aquellas disposiciones que supongan una igualdad de resultados en un sentido absoluto –sin admitir excepciones-<sup>1068</sup>. El Derecho de la Unión opta, por tanto, de forma prioritaria por un modelo de igualdad de oportunidades, que admite la igualdad de resultados sólo de forma matizada, y siempre que se realice en determinadas condiciones que preserven una mínima oportunidad a todos los sujetos<sup>1069</sup>.

#### **v. El potencial de la Carta de Derechos Fundamentales en relación con los derechos sociales**

El establecimiento de la Carta de Derechos Fundamentales, que adquiere con el Tratado de Lisboa valor vinculante (art. 6.1 TFUE), puede tener efectos sobre la actividad de procura existencial estatal, en la medida en que prevé en su cuerpo, junto a derechos civiles y políticos, una serie de derechos sociales reconocidos en los Títulos de “Libertad”, “Igualdad” y “Solidaridad”. Si es cierto que la Carta presenta problemas en relación con estos derechos, previendo en sus disposiciones horizontales medidas que limitan su eficacia y alcance, ésta puede al mismo tiempo jugar un cierto papel en el refuerzo de su protección, principalmente en tres aspectos: por un lado, puede ejercer una vinculación negativa respecto a los órganos de la Unión, obligando en sus actividades al respeto y no vulneración de los derechos reconocidos, cuya realización positiva correspondería a los Estados; por otro lado, puede derivarse de la Carta un cierto principio de no regresión, que obligue a los Estados e instituciones a mantener el nivel de protección alcanzado anteriormente; y todavía más allá, la inserción de estos derechos en el marco europeo puede dar lugar a mecanismos procesales que permitan la actuación frente a la inactividad de los poderes públicos.

Los derechos de la Carta tienen como destinatarios primarios a las instituciones y órganos de la Unión (art. 51.1), pero obligan también a los Estados miembros “cuando apliquen el Derecho de la Unión” (art. 51.1)<sup>1070</sup>. A pesar de las dudas que ha suscitado este último inciso<sup>1071</sup>, debe entenderse que la Carta vincula a ambos niveles de poderes públicos en

<sup>1068</sup> Véanse las SSTJCE de de 28 de marzo de 2000, *Badeck y otros* (C-158/97), y de 19 de marzo de 2002, *Lommers* (C-476/99). El Tribunal establece que estas acciones deben ser aceptadas siempre que no establezcan una prioridad automática e incondicionada, y que los candidatos puedan ser objeto de una evaluación objetiva.

<sup>1069</sup> Véase en este sentido TRIDIMAS, Takis; *The General Principles of EU Law, op. cit.*, 2006, p. 117, quien establece que el Derecho comunitario se mueve desde la insistencia sobre la igualdad de oportunidades a la permisión de una igualdad de resultado con ciertas cualificaciones.

<sup>1070</sup> En estos casos, los Estados actúan como agentes de la Unión, estando sometidos a las mismas exigencias. Véase Lord GOLDSMITH; “A Charter of Rights, Freedoms and Principles”, en *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001, p. 1205.

<sup>1071</sup> El Tribunal ha entendido tradicionalmente que el respeto a los derechos fundamentales es obligado cuando los Estados “actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”, lo que incluye los casos en que aplican o desarrollan un acto de la Unión (STJCE de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, C-5/88) pero también aquéllos en

relación con las actuaciones dentro del ámbito del Derecho de la Unión, aunque lo hace “con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión” (art. 51.1). La Carta no puede ampliar el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión ni crear para ésta nuevas misiones (art. 51.2), de forma que cada nivel de poder público estará sujeto a sus disposiciones conforme a sus poderes: puede entenderse así que tanto los Estados como la Unión tendrán respecto a ella una vinculación negativa, variando su vinculación positiva en función de las tareas que les puedan ser asignadas.

Ello puede aparentemente reducir el efecto de las disposiciones sociales de la Carta, separándose el establecimiento de derechos de la respectiva competencia para realizarlos. Sin embargo, esta configuración deja ver al mismo tiempo un espacio de potencial actuación de estas disposiciones, que puede contribuir a una cierta limitación de la fuerza jurídica de los principios del mercado interior en su relación con el ámbito social. Los preceptos sociales pueden operar, en esta perspectiva, en dos niveles, según las competencias que tiene cada órgano o poder público: en relación con los Estados, pueden ejercer una vinculación positiva que les obligue a realizarlos cuando actúen en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, lo que los constituiría como una razón aceptable para la derogación o limitación de las libertades económicas; en relación con las instituciones y órganos de la Unión, pueden ejercer una vinculación negativa, configurándose respecto a ellas principalmente como derechos de defensa, y obligándolas en todo caso a respetar su contenido<sup>1072</sup>.

La previsión de un régimen jurídico específico para los principios, que se distinguen de los derechos en la Carta, puede afectar también a la virtualidad de las disposiciones sociales, estableciéndose la obligación de “respetar” los derechos pero únicamente de “observar” los principios y “promover su aplicación” (art. 51.1), y previéndose para los principios un

---

que vulneran o exceptúan las libertades de circulación (SSTJCE de 18 de junio de 1991, *ERT*, C-260/89; y de 26 de junio de 1997, *Familiapress*, C-268/95). A pesar de que la Carta contiene una expresión distinta, parece que el Tribunal mantiene su aproximación tradicional (véase la STJCE de 15 de noviembre de 2011, *Murat Dereci*, C-256/11). Véase BAILLEUX, Antoine; BRIBOSIA, Emmanuelle; “La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”, en VAN DROOGHENBROECK, Sébastien; WAUTELET, Patrick (eds.); *Droits fondamentaux en mouvement: questions choisies d’actualité*, Anthémis, Liège, 2012, p. 103 y ss.

<sup>1072</sup> Así sucede también en relación con los derechos fundamentales reconocidos como principios generales del Derecho comunitario DE SCHUTTER, Olivier; “Les droits fondamentaux dans l’Union européenne: une typologie de l’acquis”, en BRIBOSIA, Emmanuelle; HENNEBEL, Ludovic (dirs.); *Classer les droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 333. En sentido similar, considerando que la Carta debe asegurar que los derechos fundamentales no sean afectados por el ejercicio de competencias que la Unión tenga en otras materias, Lord GOLDSMITH; “A Charter of Rights, Freedoms and Principles”, *op. cit.*, 2001, p. 1207.

régimen de justiciabilidad reducida, dependiente de su desarrollo legislativo (art. 52.5)<sup>1073</sup>. La identificación de los principios entraña dificultades importantes, ofreciendo la Carta sólo algunos indicios<sup>1074</sup>, lo que deja ver la extrema vaguedad de la distinción –que puede así evolucionar, sin establecerse de forma cerrada-. Puede entenderse, así, que la división se basa en el contenido de los preceptos, considerando como principios a todos los preceptos que impliquen prestaciones positivas<sup>1075</sup>; o bien identificarse con las disposiciones que encierran sólo finalidades u objetivos de la Unión, quedando entonces los derechos de prestación como una categoría intermedia<sup>1076</sup>. Probablemente, la diferencia entre ambas categorías sea sólo gradual, dependiendo de la capacidad de aislar en el precepto un contenido concreto que se imponga a los legisladores estatales y de la Unión: ello dependerá de la precisión y la literalidad del precepto, así como de la existencia de una remisión a la normativa estatal o comunitaria<sup>1077</sup>.

El régimen jurídico establecido en las disposiciones horizontales de la Carta plantea problemas, tanto en relación con los derechos (art. 52.1) como en los principios (art. 52.5). En

<sup>1073</sup> La distinción entre derechos y principios responde a las dificultades que generó la introducción de los derechos sociales en la Carta, debido a la falta de consenso a nivel europeo en materia social. La solución se debió al representante del Gobierno francés Guy Braibant, quien entendía posible considerar los derechos sociales como derechos fundamentales puesto que, aunque requieren para su aplicación concreta de un texto intermedio, pueden oponerse a una acción que vaya directamente en su contra. Véase BRAIBANT, Guy; “La Charte de droits fondamentaux”, en *Droit social*, 2001, p. 74.

<sup>1074</sup> Las Explicaciones al artículo 52.5 de la Carta ofrecen algunos ejemplos ilustrativos: deben considerarse principios los artículos 25 (derechos de las personas mayores), 26 (integración de las personas discapacitadas) y 37 (protección del medio ambiente), pudiendo además ciertos preceptos incluir elementos que derivan de un derecho y de un principio, como los artículos 23 (igualdad de mujeres y hombres), 33 (vida familiar y profesional) y 34 (seguridad social y ayuda social). Sin embargo, ello sólo coincide parcialmente con las Explicaciones concretas a cada precepto. Sobre el rol y la constitucionalización de dichas Explicaciones, véase BURGORGUE-LARSEN, Laurence; “Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”, en *Cahiers de droit européen*, núm. 5-6, 2004, p. 671 y ss.

<sup>1075</sup> En este sentido, BRAIBANT, Guy; “La Charte de droits fondamentaux”, *op. cit.*, 2001, p. 74.

<sup>1076</sup> DE SCHUTTER, Olivier; “La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne à la garantie des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique communautaire”, en *Revue universelle des droits de l’homme*, 2000, p. 42.

<sup>1077</sup> El Tribunal no se ha pronunciado todavía sobre esta distinción, pero véanse las Conclusiones del Abogado General Tizzano de 8 de febrero de 2001, en el caso *BECTU* (C-173/99); y las Conclusiones del Abogado General Trstenjak de 8 de septiembre de 2011 en el caso *Doinguez* (C-282/10), que argumentan en favor de la consideración del derecho a vacaciones anuales retribuidas como un derecho fundamental, en base al artículo 31.2 de la Carta. La Carta confiere al Tribunal no obstante un notable margen de apreciación sobre esta cuestión, especialmente en las disposiciones donde no se explicita su naturaleza. Véase LENAERTS, Koen; “La solidarité ou le Chapitre IV de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”, en *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, vol. 82, 2010, p. 227. Sobre la multiplicidad de criterios de utilización posibles, destacando en particular que en la Carta hay también preceptos de escaso contenido normativo, RUBIO LLORENTE, Francisco; “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002, p. 38 y ss. Asimismo, MENÉNDEZ, Agustín José; “The Rights’ Foundations of Solidarity: Social and Economic Rights in the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *ARENA Working Paper 03/1*, p. 5 y ss, quien distingue entre derechos fundamentales con un contenido esencial, derechos ordinarios que se remiten a las legislaciones y prácticas nacionales y de la Unión, y objetivos o cláusulas de política social.

los primeros, la introducción de limitaciones se subordina a la reserva de ley, al respeto del contenido esencial y al principio de proporcionalidad, circunscribiéndose las razones de dicha limitación a “los objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”, lo que podría excluir las razones autónomas de un Estado aisladamente considerado, además de dificultar la identificación de un contenido esencial autónomo más allá del que adquieren en el Derecho derivado<sup>1078</sup>. En los segundos, se establece que “las disposiciones (...) que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión (...)”, añadiéndose que “sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos” (art. 52.5). Los principios requieren pues de una concreción ulterior de su contenido –ya sea de los órganos estatales o de la Unión–, por lo que no pueden dar lugar directamente a reclamaciones de acciones positivas a los poderes públicos, quedando su aplicación directa limitada ante órganos jurisdiccionales a un sentido interpretativo y de control negativo<sup>1079</sup>.

La inclusión de derechos sociales en este instrumento puede tener relevancia, sin embargo, para los Estados y la Unión, especialmente en dos sentidos nuevos, que pueden contribuir a mejorar su protección frente a las exigencias del orden económico europeo. Por un lado, se ha argumentado que estos derechos pueden generar, incluso aunque se consideren como principios, un efecto de no regresión (*standstill*) una vez hayan sido concretados por el poder público, impidiendo en cierta medida un retroceso en su protección. Por otra parte, el ordenamiento de la Unión podría permitir la reclamación contra la inactividad de las autoridades europeas y los órganos estatales, posibilitando un control del Juez incluso en caso de omisiones absolutas, y generando así una posibilidad que no existe en la mayor parte de ordenamientos nacionales.

---

<sup>1078</sup> La noción de “objetivos de interés general reconocidos por la Unión” es utilizada también por la jurisprudencia. Las Explicaciones al artículo 52 precisan que éstos abarcan tanto los objetivos mencionados en el artículo 3 del TUE como otros intereses protegidos por disposiciones específicas de los Tratados. Véase BURGORGUE-LARSEN, Laurence; “Article II-112”, en BURGORGUE-LARSEN, Laurence; LEVADE, Anne; PICOD, Fabrice (dirs.); *Traité établissant une Constitution pour l’Europe. Commentaire article par article*, Tomo. 2, *op. cit.*, 2005, p. 670 y ss.

<sup>1079</sup> La redacción del artículo 52.5 de la Carta se inspiró en particular en el artículo 53.3 de la Constitución española y en el concepto de la doctrina francesa de “justiciabilidad normativa”. Véase LADENBURGER, Clemens; “Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon- The Interaction Between the Charter of Fundamental Rights, the European Convention of Human Rights and National Constitutions”, Institutional Report, FIDE 2012, p. 31.

La obligación de no regresión adquiere dos dimensiones distintas en la Carta, que tienen también consecuencias diversas. En primer término, ésta adquiere relevancia en la relación entre ordenamientos, estableciéndose una prohibición de interpretar la Carta como “limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, (...) los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, (...) así como las constituciones de los Estados miembros” (art. 53). La mención de las constituciones nacionales podría indicar una cláusula de no regresión entre ordenamientos, que obligara a aplicar siempre el nivel más alto de protección del derecho en cuestión: así lo ha entendido, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español en la cuestión prejudicial planteada el 9 de junio de 2011<sup>1080</sup>, si bien tal no parece ser la interpretación que retiene la mayoría de la doctrina europea, ni ha sido acogida finalmente por el Tribunal de Justicia<sup>1081</sup>.

Por otro lado, el principio de no regresión puede jugar dentro del propio contenido de los principios por la Carta, frente a retrocesos que se produzcan por efecto del Derecho de la Unión Europea –ya sea por normas estatales cuando apliquen o intenten exceptuar el Derecho de la Unión; o por normas de las instituciones europeas con respecto a desarrollos anteriores de estos principios-. En la medida en que hayan sido concretados y desarrollados, los principios reconocidos en la Carta ejercen respecto a sus desarrollos posteriores un efecto de *standstill*, de forma que impiden, en virtud del artículo 52.5 de la Carta, una disminución de

<sup>1080</sup> Auto del Tribunal Constitucional español 86/2011, de 9 de junio de 2011. La cuestión no hace referencia a materia social, sino que se plantea en relación con el procedimiento de entrega en el ámbito de la orden de detención europea (art. 4 bis apartado 1 de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo), que no permite, a diferencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, exigir para ejecutar una sentencia dictada en rebeldía la condición de que la persona condenada tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión. El Tribunal Constitucional requiere al Tribunal de Justicia para que se pronuncie sobre la posible utilización del artículo 53 de la Carta para permitir al órgano nacional mantener su jurisprudencia, en una protección más amplia del derecho a la tutela judicial. Véase sobre ello ARROYO JIMÉNEZ, Luí; “Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, vol. 4, 2011. Asimismo, a favor de una concepción del artículo 53 como el estándar más alto de protección, ALONSO GARCÍA, Ricardo; “The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Unión”, en *European Law Journal*, vol. 8, núm. 4, 2002, p. 509.

<sup>1081</sup> Se ha argumentado que esta disposición debe entenderse como mantenimiento de la primacía del Derecho de la Unión en su ámbito de aplicación, de forma que, si bien la Carta no puede reducir el nivel de protección de los derechos fundamentales allí donde los Estados operen sin sujeción al Derecho de la Unión, sí puede entrañar la necesidad de modular o rebajar su contenido cuando en el ámbito de sus competencias se haya acordado un nivel de protección distinto, en atención a la necesaria compatibilidad de estos derechos con la realización de los objetivos y tareas de la Unión. Véase la STJUE de 26 de febrero de 2013, *Melloni* (C-399/11) y las Conclusiones del Abogado General Bot presentadas el 2 de octubre de 2011, especialmente párrafos 99 a 112. Asimismo, BERING LIISBERG, Jonas; “Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?- Article 53 of the Charter: a Fountain of Law or just an Inkblot?”, en *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001, p. 1171 y ss. AZOULAI, Loïc; “Article II-113”, en BURGORGUE-LARSEN, Laurence; LEVADE, Anne; PICOD, Fabrice (dirs.); *Traité établissant une Constitution pour l’Europe. Commentaire article par article*, Tomo. 2, op. cit., 2005, p. 711.

su protección que venga motivada por el Derecho de la Unión<sup>1082</sup>. La vinculación negativa de las instituciones de la Unión y los Estados a estos principios se traduciría así en un deber de no disminuir, por la aplicación de la normativa europea, la protección ya existente de forma previa, debiendo mantenerse el contenido adquirido en su desarrollo normativo anterior<sup>1083</sup>.

La virtualidad de las disposiciones sociales de la Carta podría venir reforzada, por último, por la posibilidad de control de las omisiones o inactividad de los poderes públicos, a través de los recursos jurisdiccionales previstos en los Tratados. Por un lado, el recurso por omisión (art. 265 TFUE) podría permitir, en el caso en que un derecho social implique una obligación de actuación positiva de las instituciones europeas, que los Estados miembros y las demás instituciones de la Unión recurran al Tribunal de Justicia, incluso en un supuesto de inactividad total de las instituciones. Por otro lado, el recurso por incumplimiento (arts. 258 y 259 TFUE) permitiría, ante la inactividad de un Estado miembro en relación con una obligación de protección de determinado derecho social, que la Comisión u otros Estados miembros iniciaran un procedimiento contra él, pudiendo el Tribunal de Justicia declarar dicho incumplimiento y debiendo el Estado adoptar las medidas para remediarlo (art. 260 TFUE)<sup>1084</sup>. Se ha defendido incluso, por algunos autores, la posibilidad de exigir responsabilidad por daños a las instituciones de la Unión, cuando no hayan traducido, en términos de derechos subjetivos, los objetivos que se habían comprometido a realizar (art. 340 TFUE)<sup>1085</sup>. Aunque la utilización de estas vías puede parecer remota en materia social, siendo difícil la concreción de las obligaciones que derivan de los preceptos de la Carta –y siendo el Tribunal reticente a declarar las omisiones especialmente de las instituciones europeas-, no puede excluirse su utilidad en determinados casos, especialmente cuando la inactividad en un determinado ámbito conlleve en la práctica una vulneración de la obligación de respeto negativo a estos derechos.

<sup>1082</sup> BAILLEUX, Antoine; BRIBOSIA, Emmanuelle; “La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”, *op. cit.*, 2012, p. 79 y ss.

<sup>1083</sup> Véase la STJCE de 15 de julio de 2010, *Comision c. Alemania (C-271/08)*, donde el Tribunal parece valorar si la aplicación de las Directivas relativas a la contratación pública de servicios (Directiva 90/50/CEE y Directiva 2004/18/CE) es compatible con los objetivos sociales que persiguen las partes firmantes de un convenio colectivo que obligaba a las posibles empresas adjudicatarias a determinadas condiciones, en ejercicio de su derecho de negociación colectiva (párrafos 53 a 65).

<sup>1084</sup> En este sentido, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás; SUÁREZ CORUJO, Borja; “El régimen jurídico de los principios en la Constitución europea. La garantía de los derechos sociales en la futura Europa”, en *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 12, 2005, p. 54 y ss.

<sup>1085</sup> Así lo defiende DE SCHUTTER, Olivier; “La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne à la garantie des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique communautaire”, *op. cit.*, 2000, p. 43.

## **B. La influencia sobre la función social de los derechos económicos**

La obligación de procura existencial, en tanto que elemento definidor del Estado social, implica, además de la previsión de las condiciones a realizar en el orden social, el establecimiento de los derechos económicos con un estatuto limitado, que permite al poder público, como se vio, su limitación en aras a la realización de intereses sociales. Esta comprensión de los derechos económicos resulta, no obstante, modificada completamente por el Derecho de la Unión, que contiene una idea distinta de estos derechos, estableciéndolos como facultades individuales que se dotan de una protección reforzada. Así se refleja, en concreto, en su reconocimiento como derechos fundamentales (apartado i), añadiéndose a los mismos un contenido transnacional que amplía su espacio y su objeto (apartado ii); y en la pérdida de la determinación de este contenido por intereses sociales (apartado iii); así como de la capacidad del Estado de establecer límites a su ejercicio (apartado iv).

### **i. El reconocimiento de los derechos económicos como derechos fundamentales**

El reconocimiento de los derechos económicos como principios generales del Derecho se produce en una etapa temprana en la jurisprudencia del Tribunal, de forma paralela –y casi identificándose– con el proceso de incorporación de los derechos fundamentales al ordenamiento de la Unión<sup>1086</sup>. Por un lado, si la libertad de empresa no aparece expresamente mencionada como tal, el Tribunal utiliza habitualmente la expresión “libre ejercicio de la actividad económica”, que reconoce como principio general del Derecho comunitario, incluyendo las facultades de realización de todos los actos necesarios para la conducción y organización de actividades de producción y comercialización de bienes y servicios<sup>1087</sup>. Por otro lado, el derecho de propiedad se afirma también como principio general del Derecho, garantizándolo el Tribunal conforme a las tradiciones constitucionales estatales y al artículo 1 del Primer Protocolo al Convenio Europeo de Derechos Humanos, y atribuyéndole un contenido de protección equivalente al de estos textos<sup>1088</sup>.

---

<sup>1086</sup> En efecto, la mayor parte de casos que se citan habitualmente como paradigmáticos de la doctrina del Tribunal sobre derechos fundamentales hacen referencia al reconocimiento de derechos económicos, lo que es lógico dado el ámbito de competencias que tenía la Comunidad. Véanse, por ejemplo, las SSTJCE de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft* (C-11/70); de 14 de mayo de 1974, *Nold* (C-4/73); de 13 de diciembre de 1979, *Hauer* (C-44/79); de 13 de julio de 1989, *Wachauf* (C-5/88); y de 18 de junio de 1991, *ERT* (C-260/89).

<sup>1087</sup> Véanse las SSTJCE de 14 de mayo de 1974, *Nold* (C-4/73); y de 27 de septiembre de 1979 *SPA Eridania* (C-230/78). Asimismo el Tribunal hace referencia a la libertad contractual, en las SSTJCE de 16 de enero de 1979, *Sukkerfabriken Nykoebing* (C-151/78); y de 5 de octubre de 1999, *España c. Comisión* (C-240/97).

<sup>1088</sup> Véase la STJCE de 13 de diciembre de 1979, *Hauer* (C-44/79), párrafos 17 y ss. Aun así, se ha afirmado que el contenido del derecho de propiedad es más reducido que la protección ofrecida por el Tribunal de Derechos

El establecimiento de estos derechos como principios vinculantes para la Unión sirve inicialmente al Tribunal al aseguramiento de la primacía del orden comunitario ante las reticencias estatales, adoptando un discurso de derechos fundamentales que lo dota de mayor legitimidad, y permitiendo la afirmación de los derechos sobre los que se basaba el sistema económico establecido en el Tratado<sup>1089</sup>. La vía adoptada para el reconocimiento de estos derechos implicaba –al menos inicialmente– una concepción reducida de los derechos fundamentales, que se alejaba de otras vías propuestas<sup>1090</sup>, y que tenía en gran medida un objetivo funcional a la integración europea, permitiendo la ampliación de las competencias del Tribunal y el control de las actuaciones de los Estados miembros<sup>1091</sup>.

Su reconocimiento como principios generales del Derecho supone, no obstante, establecerlos como derechos fundamentales que vinculan también a las instituciones europeas, así como a los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión, debiendo por tanto los poderes públicos respetarlos en todas sus actuaciones. En la sentencia *Nold*, el Tribunal estableció, en relación con los derechos de propiedad y de libre ejercicio de la actividad económica, que “los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho”, y que, al garantizar su protección “el Tribunal de Justicia tiene que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por consiguiente, admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y

---

Humanos. Véase ALBERTON, Ghislaine; “Le droit de propriété dans la jurisprudence communautaire”, en SUDRE, François; *Réalité et perspectives du Droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, p. 358.

<sup>1089</sup> En este sentido, SUEUR, Jean-Jacques; “L’evolution du catalogue de droits fondamentaux”, en RIDEAU, Joël (dir.); *Les droits fondamentaux dans l’Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 32, quien relaciona la aparición de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión con el ordoliberalismo alemán, considerando lógico el reconocimiento de estos derechos.

<sup>1090</sup> Piénsese en las propuestas del Comité de estudios por la constitución europea (1952) y del fallido Tratado de la Comunidad Política Europea. DE BÚRCA, Grainne; “The Evolution of EU Human Rights Law”, en CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Grainne (eds.); *The Evolution of EU Law, op. cit.*, 2011 (2ª ed.), p. 469.

<sup>1091</sup> La aproximación inicial del Tribunal puede verse en la STJCE de 11 de julio de 1985, *Cinéthèque* (C-60 y 61/84), donde se afirma que la Comunidad no tiene poder para examinar una legislación nacional “en un área que cae bajo la jurisdicción del legislador nacional” (párrafo 26). Ello se reformularía posteriormente, en la STJCE de 30 de septiembre de 1987, *Demirel* (C-12/86), donde se afirma que el Tribunal no tiene competencia sobre legislación nacional que caiga “fuera del ámbito del Derecho comunitario” (párrafo 28), lo que supone incluir en la competencia del Tribunal los ámbitos de competencia compartidos. Véase COPPEL, Jason; O’NEILL, Aidan; “The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?”, en *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, p. 679 y ss. Es cierto que esta aproximación varía posteriormente, y que es difícil probar y concretar las intenciones subyacentes a los movimientos del Tribunal, que pueden responder a motivos muy distintos y superpuestos. Pero en todo caso parece clara la expansión de la competencia del Tribunal mediante esta jurisprudencia y la afirmación de los derechos económicos como derechos fundamentales. Véase WEILER, Joseph; LOCKHART, Nicolas J. S.; “‘Taking Rights Seriously’ Seriously: the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence- Part I”, en *Common Market Law Review*, vol. 32, 1995, p. 67 y ss.

garantizados por las Constituciones de dichos Estados”<sup>1092</sup>. Es cierto que, en dicha sentencia, el Tribunal hace referencia a la función social de estos derechos en los ordenamientos nacionales, considerando que “en el ordenamiento comunitario, también parece legítimo mantener, respecto a tales derechos, determinados límites justificados por los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad”<sup>1093</sup>. Pero esta función social se concibe únicamente como limitación a su contenido –no como reglamentación o delimitación del mismo-, y se circunscribe a los intereses perseguidos por la propia Comunidad, en esencia, por las normas de organización de mercados comunes en materia de agricultura y pesca (arts. 38 a 44 TFUE), y por las disposiciones del ya expirado Tratado de la Comunidad del Carbón y del Acero (1951)<sup>1094</sup>. Fuera de estos supuestos, como se verá, los derechos económicos adquieren en el Derecho de la Unión un contenido expandido, que resulta difícilmente limitable y que no contempla en sí mismo la realización de intereses sociales.

## ii. La ampliación del contenido de los derechos económicos

El Derecho primario de la Unión produce en los derechos económicos un efecto de ampliación de su contenido, que tiene lugar por su alianza con las libertades de circulación y normas de la competencia del Tratado. Esta alianza se produce de forma natural y casi permanente, en la medida en que, ya desde su diseño inicial, las libertades del Tratado constituyen aspectos complementarios al ejercicio de la libertad económica, y hacen referencia por tanto a un cuerpo de facultades similares<sup>1095</sup>. Las normas del Tratado tienen, así, dos efectos importantes en relación con el contenido de los derechos económicos: por un lado, extienden su ámbito actuación a todo el espacio de la Unión, impidiendo las restricciones indebidas por los poderes estatales y asegurando a todos los sujetos las mismas posibilidades en el mercado integrado; por otro lado, suponen, dentro de cada Estado, una

<sup>1092</sup> STJCE de 14 de mayo de 1974, *Nold* (C-4/73), párrafo 13.

<sup>1093</sup> En sentido similar, la STJCE de 13 de diciembre de 1979, *Hauer* (C-44/79), donde el Tribunal declaró, en relación con una prohibición de plantación de cepas durante un período de tiempo, que ello constituía una restricción del derecho de propiedad de la demandante (párrafo 19), pero que podía considerarse legítima si la restricción era necesaria, proporcionada, y se basaba en el interés general de la Unión (párrafo 23).

<sup>1094</sup> El Tratado de la Comunidad del Carbón y del Acero establecía en efecto amplios poderes de intervención de las autoridades supranacionales para la organización de dicho mercado, desde poderes de recabar información y hacer planes y programas no vinculantes (art. 49), hasta el establecimiento de cuotas de producción (art. 58) o la regulación de precios (art. 60).

<sup>1095</sup> Se ha hablado, en este sentido, de una alianza “genética” entre estos derechos fundamentales y las libertades de circulación, puesto que éstas constituyen la expresión de un derecho fundamental más general, que puede identificarse con la libertad de comercio. Véase BAILLEUX, Antoine; *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du Juge traducteur*, op. cit., 2009, p. 345.

ampliación de su objeto, extendiéndose a ámbitos de actividad que anteriormente podían resultar excluidos de su alcance.

La extensión de las facultades que comprenden los derechos económicos se produce en primer lugar en un orden espacial, adquiriendo los sujetos particulares la posibilidad de circulación en todo el territorio de la Unión, y la garantía de un trato igual a los nacionales de otros Estados miembros cuando ejerzan actividades económicas. Las libertades de circulación se vinculan, desde un primer momento, a los aspectos que requiere la actividad económica, ya sea permitiendo la importación o exportación de bienes y factores de producción –libre circulación de mercancías-, admitiendo la creación de sucursales o de nuevas empresas en otros Estados miembros –libertad de establecimiento, o posibilitando la prestación de un servicio a destinatarios dentro de la Unión –libertad de servicios-<sup>1096</sup>. La construcción de un espacio económico integrado ha supuesto la atribución a los individuos de nuevas facultades, ligadas al ejercicio del comercio en un nuevo ámbito espacial: ello permite el traslado sin obstáculos de los elementos necesarios para el negocio o el ejercicio de la profesión, contribuyendo, a pesar de tratarse de derechos subjetivos distintos, a la creación para el individuo de una dimensión transnacional de sus derechos económicos<sup>1097</sup>.

Más allá de la ampliación espacial de estos derechos, no obstante, las libertades de circulación ejercen, al mismo tiempo, una extensión de las facultades que entrañan los derechos económicos dentro de cada Estado, ampliando su posible objeto, y añadiendo a él nuevos tipos de actividades. La concepción amplia del espacio económico por el Derecho de la Unión, que comprende una comprensión extensa del concepto de servicios y de actividad económica, supone la ampliación del objeto de estos derechos, impidiendo a los Estados una definición distinta –no pudiendo, como se verá, excluirse ámbitos económicos de la iniciativa privada por decisión pública-, y revirtiendo en una ampliación del contenido de estos derechos que se refleja a nivel interno: así se refleja, como se vio, en la concepción de los servicios de salud y de seguridad social como servicios económicos, que quedan

---

<sup>1096</sup> La libertad de empresa se ha identificado a menudo en la doctrina con la libertad de establecimiento, que supone propiamente la creación o traslado de empresas a otros Estados miembros. Sin embargo, todas las libertades de circulación tienen en realidad una conexión con la libertad de empresa, permitiendo diversos aspectos del desarrollo de la actividad económica. En el primer sentido, véase BLAISE, Jean-Bernard; *Droit des affaires: commerçants, concurrence, distribution*, L.G.D.J., Paris, 2000, p. 312 y ss.

<sup>1097</sup> Ello se produce tanto en relación con la libertad de empresa, que hace referencia propiamente a la facultad de iniciar y conducir un negocio en otros Estados miembros, como en relación con el derecho de propiedad, que implica también en el marco de la Unión el derecho a acceder a la propiedad en otros Estados miembros sin discriminación respecto a los nacionales.

necesariamente abiertos a la iniciativa privada y deben permitir en el mismo ámbito la realización de actividades privadas.

Un proceso similar ocurre con las normas de la competencia previstas en el Tratado. Éstas confieren a los particulares la posibilidad de reclamar ante la existencia de prácticas prohibidas y, aunque la protección de la libertad económica no constituye su único fin<sup>1098</sup>, tienen una evidente conexión con su mantenimiento, protegiendo el derecho de entrada y desarrollo de las actividades en igualdad en el mercado. Si bien no se formulan en el Tratado en términos de derechos económicos, protegen en realidad la libertad de competir en un mismo mercado por los sujetos económicos: tanto la prohibición de prácticas colusorias (art. 101 TFUE) como la prohibición de abuso de posición dominante (art. 102 TFUE) y la prohibición de ayudas de Estado (art. 107 TFUE) impiden los comportamientos que alteren la existencia, en todo el mercado europeo, de unas mismas condiciones de libertad e igualdad jurídica entre los sujetos económicos, garantizando la supresión de aquellas conductas que puedan alterar la libre competición en igualdad entre las empresas de distintos Estados<sup>1099</sup>.

El Derecho de la competencia entraña, por tanto, no únicamente facultades de igualdad de trato en todos los Estados, con la consiguiente supresión de las ayudas discriminatorias y la posibilidad de cuestionar las prácticas privadas que generen desigualdad entre las empresas, sino también una ampliación de las facultades de libertad, en la medida en que el Tratado define de forma excepcional la atribución por el Estado de derechos exclusivos a las empresas, y el establecimiento o mantenimiento de monopolios. En una opción explícita por una determinada división entre la actividad pública y privada, el Derecho de la Unión exige al Estado la sujeción de sus actividades económicas a las condiciones de la competencia siempre que ello sea posible, requiriendo la admisión de competidores privados en el mercado: el individuo obtiene, así, una notable ampliación de sus facultades de ejercicio de la actividad

---

<sup>1098</sup> Las normas de la competencia pueden también perseguir otros objetivos, como la eficiencia económica o el bienestar del consumidor. Estos objetivos son los que prioriza la tradición anglosajona del Derecho de la competencia, que adopta una aproximación económica según la cual el objetivo no es la protección de la libertad de los competidores sino la propia eficiencia económica que ello genera. WHISH, Richard; *Competition Law*, OUP, Oxford, 2009, p. 19. En la tradición ordoliberal alemana la competencia aparece como proceso que garantiza propiamente la libertad económica, debiendo el Estado asegurar el proceso de coordinación que supone por el propio mercado. En Francia, la competencia se entendía como igualdad económica de las empresas, prohibiendo la imposición de precios discriminatorios. Véase DREXL, Josef; “Le droit de la concurrence international: menace ou gardien des droits de l’homme?”, en BOY, Laurence; RACINE, Jean-Baptiste; SIIRIAINEN, Fabrice (coords.); *Droit économique et droits de l’homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 338 y ss.

<sup>1099</sup> En este sentido, FONT GALÁN, Ignacio; *La libre competencia en la Comunidad europea*, Real Colegio de España, Bolonia, 1986, p. 26, quien identifica no obstante otras funciones del Derecho de la competencia, como una función selectiva de las mejores empresas y una función de ordenación del mercado.

económica, extendiéndose a nuevos mercados de los que anteriormente había quedado excluido.

### **iii. La ausencia del interés social en las facultades transnacionales de los derechos económicos**

La modificación del estatuto de los derechos económicos se produce, asimismo, por la ausencia en las facultades transnacionales que añade el Derecho de la Unión a los derechos económicos de una función social que pueda definir su contenido junto con el interés individual del titular. Si a nivel estatal los derechos económicos –especialmente el derecho de propiedad- se reconocen con un contenido que depende en gran medida de su regulación legislativa, pudiendo el poder público determinar y reglamentar sus facultades de acuerdo con el interés general y con criterios sociales, la incorporación de un contenido transnacional a estos derechos supone su autonomización respecto a su función dentro del sistema social y político, considerándose su mero ejercicio individual como representación del interés de la Unión.

En el marco de la Unión, la función social de los derechos económicos se reconoce, como se dijo, únicamente en relación con los mercados que son objeto de una organización común, donde el Tribunal valora a menudo la normativa de Derecho derivado que los organiza en relación con el contenido de estos derechos. El Tribunal considera, habitualmente, el derecho de propiedad y el libre ejercicio de la actividad profesional de forma conjunta, estableciendo que, aunque ambos forman parte de los principios generales del Derecho comunitario, “estos principios no aparecen como prerrogativas absolutas, sino que deben tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones [a estos derechos], en especial, en el marco de una organización común de mercado, siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos garantizados”<sup>1100</sup>. Los derechos económicos tienen por tanto, en este ámbito, un contenido que viene determinado por su función social, y aunque las regulaciones impugnadas no se valoran como delimitación del mismo –considerándose en la práctica como

---

<sup>1100</sup> La fórmula se repite en numerosas sentencias en este ámbito. Véanse por ejemplo las SSJTCE de 11 de julio de 1989, *Schröder* (C-265/87), párrafo 15; de 5 de octubre de 1994, *Alemania c. Consejo (plátanos)*, (C-280/93), párrafo 78; de 3 de diciembre de 1998, *Generics* (C-368/96), párrafo 79; de 30 de julio de 1996, *Bosphorus* (C-84/95), párrafo 21; o de 28 de abril de 1998, *Metronome Musik* (C-200/96), párrafo 21.

restricciones-<sup>1101</sup>, se permite una mayor justificación de las mismas, en base a la persecución del interés comunitario.

Fuera de estos mercados regulados, no obstante, las facultades transnacionales que se añaden a los derechos de propiedad y libre ejercicio de la actividad económica no se reconocen con una función social expresa, que condicione su contenido a las exigencias del interés general o de la utilidad pública en el sistema. Su carácter propiamente transnacional, y su vinculación a un espacio supranacional en construcción, sitúa su propia función social en referencia al sistema de la Unión, identificándose ésta únicamente con el ejercicio individual de estas facultades –persiguiendo el interés privado- y contribuyendo así a la construcción de un mercado integrado. La ausencia de un poder regulador fuerte de la Unión sobre el mercado interior, y la persecución de objetivos distintos a los de los Estados –centrados primordialmente en la integración económica-, conlleva la omisión de toda referencia a la función social o utilidad pública como elementos definidores del contenido de las libertades de circulación y competencia: estas facultades tienen, únicamente, un contenido de libertad previo a las regulaciones públicas –estatales o de la Unión-, que no admite una modulación o delimitación de su contenido a partir de otros intereses públicos.

Es cierto que las distintas libertades de circulación y normas de la competencia se regulan a través de diversas normas de Derecho derivado, que concretan su contenido e incorporan, a veces, otros intereses generales más allá de la utilidad individual de estos derechos. Puede pensarse, así, en la normativa relativa a la seguridad de los productos que circulan<sup>1102</sup>, o en la normativa sobre trabajadores desplazados<sup>1103</sup>, que exige a los empresarios el respeto de algunas condiciones laborales del Estado de acogida. La propia Carta de Derechos Fundamentales establece, en relación al derecho de propiedad, que “el uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general” (art. 17). Pero estas regulaciones tienen, en esencia, una finalidad de potenciación del ejercicio y del contenido de estas libertades, adoptándose a menudo sobre la base jurídica relativa al mercado

---

<sup>1101</sup> Se ha afirmado, en este sentido, que la dogmática del derecho de propiedad tiene debilidades en el ámbito comunitario, puesto que no hay una adecuada estandarización de las condiciones para la restricción de la propiedad, lo que conlleva un deslizamiento hacia la valoración de la justificación y de la proporcionalidad. Véase CALLIESS, Christian; “The Fundamental Right to Property”, en EHLERS, Dirk (ed.); *European Fundamental Rights and Freedoms*, op. cit., 2007, p. 458.

<sup>1102</sup> Por ejemplo, la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo 2001/95/CE, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos.

<sup>1103</sup> La Directiva del Parlamento europeo y del Consejo 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

interior, y no sobre otros fundamentos del Tratado que persigan fines sociales<sup>1104</sup>. Las regulaciones estatales quedan, en este marco, consideradas como excepciones a las libertades de circulación y competencia –que deberán ser debidamente justificadas–, obedeciendo las regulaciones de la Unión a otros intereses, que se centran en el funcionamiento y la promoción del espacio económico integrado.

Ello muestra, sin embargo, una transformación de la función social de los derechos económicos, que se entiende ahora implícita en su propio ejercicio de forma individual. Si a nivel estatal se asumía que la utilidad individual de estos derechos no era suficiente para la realización de ciertos valores públicos o de interés general, debiendo el Estado garantizarlos a través de su propia delimitación y regulación, en el ámbito de la Unión el ejercicio individual de estas libertades se entiende portador en sí mismo de amplios beneficios para la sociedad, recuperándose la idea de la distribución automática y eficiente de recursos a través del ejercicio de la libertad económica, y considerando que este libre funcionamiento del mercado conduce a la obtención de una mayor eficiencia que revierte en el bienestar de los consumidores<sup>1105</sup>. La función social de los derechos económicos se halla implícita, así, en su propio contenido individual, que contribuye a la mejora de la situación social y económica.

Esta transformación de la función social afecta, además, no únicamente a las facultades económicas transnacionales, sino también a la delimitación interna del contenido de estos derechos, que queda condicionada por la obligación de los Estados de no afectar el potencial ejercicio transnacional de los mismos. En la medida en que los derechos económicos reconocidos a nivel interno se hallan potencialmente conectados con su ejercicio en el ámbito supranacional, el Estado no puede realizar una delimitación de su contenido en atención a otros intereses públicos, que dificulte su ejercicio fuera del territorio nacional o haga menos atractiva la entrada en el propio Estado de los actores de otros Estados miembros. La concepción de las facultades transnacionales como derechos de libertad, exigiendo el acceso al mercado sin dificultades<sup>1106</sup>, supone la reducción de las posibilidades estatales de dotar a

---

<sup>1104</sup> Ello constituye, de hecho, una práctica habitual, utilizando la Unión la competencia sobre el mercado interior para incorporar valores y regulaciones que no tienen propiamente una finalidad de mercado, pero para las que no existe otra base jurídica o no una base jurídica con poderes similares. Véase DE WITTE, Bruno; “Non-Market Values in Internal Market Legislation”, en SHUIBHNE, Niamh Nic (ed.); *Regulating the Internal Market*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2006, p. 61 y ss.

<sup>1105</sup> Véase en este sentido PETERSMANN, Ernst-Ulrich; “Bridging Foundations. Human Rights and International Trade Law: Defining and Connecting the Two Fields”, en COTTIER, Thomas; PAUWELYN, Joost; BÜRGI, Elisabeth (eds.); *Human Rights and International Trade*, OUP, Oxford, 2005, p. 49 y ss.

<sup>1106</sup> Véase, sobre la consideración de estos derechos como derechos de igualdad y de libertad, EHLERS, Dirk; “General Principles”, *op. cit.*, 2007, p. 188. El autor destaca cómo, a pesar de requerir siempre un elemento

estos derechos a nivel interno de una regulación social extensa: cualquier regulación que haga menos atractiva la entrada en el mercado nacional se considerará como restricción a su ejercicio transnacional, e implicará la aplicación del control del Tribunal de Justicia, verificando la admisibilidad de los objetivos estatales y su necesidad y proporcionalidad.

#### **iv. La reducción de los límites de los derechos económicos**

Las posibilidades de limitación de los derechos económicos quedan asimismo fuertemente reducidas. La configuración de la dimensión transnacional de estos derechos en el ordenamiento de la Unión, como se ha visto, conlleva la consideración de toda regulación estatal de su contenido como restricción a las mismas, debiendo justificarse en atención a las excepciones que prevé el Tratado, y valorándose su admisibilidad conforme a los criterios desarrollados por el Tribunal de Justicia. En este ámbito, el amplio margen de discrecionalidad que el órgano judicial otorga a las instituciones europeas contrasta con la aproximación estricta a las regulaciones de los Estados miembros. Las razones de justificación que pueden alegar los Estados para la restricción de estas libertades se han ido ampliando formalmente, estrechándose en cambio su control en concreto, en base a los criterios de necesidad y proporcionalidad.

Las facultades transnacionales de los derechos económicos –la libertad de circular y competir en todos los Estados miembros- pueden ser limitadas o restringidas en una serie de supuestos que se prevén en los propios Tratados. En el caso de las libertades de circulación, el Tratado establece para cada una de ellas las razones que pueden llevar a su exceptuación (derogaciones expresas)<sup>1107</sup>, a lo que el Tribunal ha añadido, a través de su jurisprudencia, la aceptación de casi todos los motivos de interés general alegados por los Estados –cualificados como “requisitos imperativos” o “razones objetivas de interés general”-, siempre que se trate de medidas indirectamente discriminatorias –aplicables a todos los sujetos y por tanto no proteccionistas-. En el caso de las normas de la competencia, como también se vio, la única excepción prevista hace referencia a los servicios de interés económico general, estableciéndose su posible exclusión del régimen competitivo, siempre que su misión sea

---

transnacional, cuando este elemento está presente estas libertades adquieren una protección comprehensiva, permitiendo un acceso muy amplio al mercado.

<sup>1107</sup> La restricción a la libre circulación de mercancías puede justificarse por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, la preservación de los vegetales, la protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional, y la protección de la propiedad industrial y comercial (art. 36 TFUE). La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios pueden ser restringidas por motivos de orden público, seguridad y salud públicas (arts. 52 y 62 TFUE).

incompatible con él y que ello no afecte al desarrollo de los intercambios de forma contraria al interés de la Unión (art. 106.2 TFUE).

La previsión de estas excepciones en el Tratado, que actúan como límites a las normas de la libre circulación y competencia, implica el reconocimiento de la persecución de otros intereses por los Estados, que pueden en este ámbito defender valores o preocupaciones distintas, más allá de la propia circulación y competencia. Sin embargo, el reconocimiento de estas posibilidades supone al mismo tiempo su encuadre por el Derecho de la Unión, tanto en lo que se refiere a los motivos que pueden dar lugar a restricciones, como en la valoración de la extensión de las limitaciones previstas: el Tribunal evalúa la compatibilidad de los intereses estatales con los intereses de la Unión, quedando los primeros configurados como excepción en el Tratado, y valorándose por tanto de forma estricta en tanto que separación respecto a los intereses comúnmente definidos por todos los Estados en el Derecho primario<sup>1108</sup>. Así sucede en las limitaciones a las libertades de circulación, cuyas posibilidades han sido definidas de forma rigurosa por el Tribunal<sup>1109</sup>, ampliándose progresivamente los motivos de interés general que pueden justificar la restricción pero estrechando el control de su necesidad y proporcionalidad.

Ello se refleja, en primer lugar, en relación con la libre circulación de bienes, donde la interpretación estricta de las derogaciones expresas del Tratado se ha acompañado de una más amplia admisión formal de los motivos de interés general. En relación con las derogaciones expresas del Tratado, el Tribunal ha adoptado una construcción muy reducida del orden público, rechazando que este concepto incluya otros elementos como la protección de consumidores<sup>1110</sup>, o la necesidad de mantenimiento de la paz social interna frente a reclamaciones de grupos sociales<sup>1111</sup>. El motivo de seguridad pública ha sido interpretado de forma más abierta, aceptando el Tribunal las limitaciones de los Estados miembros en algunos casos, pero examinando detalladamente el supuesto y exigiendo que la restricción no sea

---

<sup>1108</sup> El Tribunal ha establecido que las derogaciones a las libertades de circulación deben interpretarse de forma estricta, de modo que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por un Estado miembro sin estar sujeto al control de las instituciones (STJCE de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, C-41/74).

<sup>1109</sup> Dichas limitaciones no pueden producirse cuando exista una armonización exhaustiva en la materia (STJCE de 23 de noviembre de 2000, *Comisión c. España*, C-421/98), ni tampoco pueden las restricciones ser justificadas en atención a motivos económicos internos (STJCE de 26 de abril de 1988, *Bond*, C-352/85).

<sup>1110</sup> STJCE de 6 de noviembre de 1984, *Kohl* (C-177/83), párrafo 19. El Tribunal ha admitido la excepción del orden público únicamente en un supuesto, STJCE de 23 de noviembre de 1978, *Thompson* (C-7/78).

<sup>1111</sup> Véase por ejemplo la STJCE de 29 de enero de 1985, *Cullet* (C-231/83).

excesiva<sup>1112</sup>. También en el caso de la protección de la salud el Tribunal se ha mostrado estricto, exigiendo la existencia preocupaciones auténticas de salud pública y de una política de salud coherente<sup>1113</sup>. Dichas derogaciones expresas se amplían con la aceptación de otros “requisitos imperativos” como razones imperiosas de interés general de los Estados<sup>1114</sup>, admitiendo el Tribunal entre ellas, por ejemplo, la protección del medio ambiente, la defensa del consumidor, la protección de las condiciones laborales, la salud pública, o la protección de los derechos fundamentales<sup>1115</sup>.

Un proceso similar ocurre en relación con las libertades de establecimiento y de servicios, cuya restricción debe fundarse, según las derogaciones expresas del Tratado, en motivos de orden público, seguridad y salud públicas (arts. 52 y 62 TFUE). En relación con las personas jurídicas, los motivos de orden público y seguridad pública no han sido especialmente invocados por los Estados miembros, si bien se ha aceptado que la finalidad de perseguir el fraude puede en abstracto constituir una justificación posible<sup>1116</sup>. En relación con la salud pública, el Tribunal ha aceptado que las medidas estatales pueden estar justificadas por la voluntad de mantener un servicio hospitalario y médico de calidad, con un equilibrio financiero adecuado<sup>1117</sup>. La ampliación de estos motivos a través de las “razones objetivas de interés general” ha supuesto asimismo la extensión de las justificaciones posibles para las restricciones estatales: en la sentencia *Centros*, por ejemplo, se acepta que un Estado miembro tome las medidas adecuadas para prevenir el abuso en la creación de establecimientos secundarios –si bien las medidas en concreto se rechazaron-<sup>1118</sup>; y en otros casos se han

---

<sup>1112</sup> Véase por ejemplo la STJCE de 25 de octubre de 2001, *Comisión c. Grecia* (C-398/98), donde el Tribunal no aceptó los argumentos de seguridad pública. Éstos sí han sido aceptados en cambio en otros casos, como las SSTJCE de 10 de julio de 1984, *Campus Oil* (C-72/83), o de 4 de octubre de 1991, *Richardt* (C-367/89).

<sup>1113</sup> Véase por ejemplo la STJCE de 12 de marzo de 1987, *Comisión c. Alemania (puridad de cerveza)*, (C-178/84), donde el Tribunal rechaza una normativa alemana que prohibía las cervezas que contuvieran todo tipo de aditivos, cuando ello estaba permitido a los productos nacionales.

<sup>1114</sup> Véase la STJCE de 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon* (C-120/78), párrafo 8, donde se establece que los obstáculos a la libre circulación intracomunitaria que sean consecuencia de disparidades entre legislaciones nacionales deben aceptarse en la medida en que estos preceptos sean necesarios para cumplir las exigencias imperativas relativas, en particular, a la eficacia de controles fiscales, la salvaguardia de la salud pública, y la protección de los consumidores.

<sup>1115</sup> Véase en relación con el medio ambiente la STJCE de 20 de septiembre de 1988, *Comisión c. Dinamarca*, (C-302/86); en relación con la defensa del consumidor la STJCE de 6 de julio de 1995, *Mars* (C-470/93); en relación con las condiciones laborales la STJCE de 14 de julio de 1981, *Oebel* (C-155/80); en relación con la salud pública la STJCE de 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon* (C-120/78); y sobre la protección de derechos fundamentales la STJCE de 12 de junio de 2003, *Schmidberger* (C-112/00).

<sup>1116</sup> STJCE de 10 de julio de 1986, *Segers* (C-79/85).

<sup>1117</sup> SSTJCE de de 28 de abril de 1998, *Kohll* (C-158/96); de de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms* (C-157/99); de 13 de mayo de 2003, *Müller-Fauré y Van Riet* (C-385/99).

<sup>1118</sup> STJCE de 9 de marzo de 1999, *Centros* (C-212/97).

aceptado, al menos en abstracto, justificaciones como la protección del interés de los acreedores, de los accionistas, o de los propios empleados<sup>1119</sup>.

La ampliación de los motivos que pueden justificar una restricción, aceptando el Tribunal en abstracto las razones de interés general, sitúa el núcleo del control de las medidas estatales en la aplicación del principio de proporcionalidad. Este principio se desarrolla en la jurisprudencia del Tribunal con un contenido autónomo –si bien inspirado en las tradiciones nacionales–, que implica una exigencia de adecuación y necesidad de la medida en relación con los objetivos perseguidos<sup>1120</sup>. En la sentencia *Gebhard*, el Tribunal estableció la obligación de justificar todas las medidas nacionales restrictivas en base a cuatro requisitos, a saber, la aplicación de forma no discriminatoria, la justificación por razones imperiosas de interés general, la adecuación a la realización del objetivo que persiguen y la interdicción de que vayan más allá de lo necesario<sup>1121</sup>. La jurisprudencia se ha centrado en el juicio de necesidad, exigiendo a los Estados la prueba de que han escogido la medida menos restrictiva y de que no existían otras alternativas, lo que supone una aproximación muy estricta hacia las medidas estatales, exigiendo además distintos estándares de proporcionalidad según la afectación del objetivo de integración del mercado<sup>1122</sup>.

Ello contrasta con la aproximación del Tribunal a las restricciones provenientes de las instituciones europeas, donde aplica un control únicamente marginal, exigiendo que la medida no sea “manifiestamente inapropiada”. El Tribunal considera, en estos casos, que la Unión tiene un mayor poder discrecional puesto que le corresponden las responsabilidades políticas sobre el mercado, de forma que la legalidad de la normativa sólo puede ser afectada si se produce un error manifiesto de adecuación en relación con el objetivo que persigue<sup>1123</sup>. El principio de proporcionalidad se aplica, aquí, con una menor intensidad, en la medida en que supone la ponderación entre el interés público y el interés privado, y no, como en los casos de

---

<sup>1119</sup> En este sentido, las SSTJCE de 5 de noviembre de 2002, *Überseering* (C-208/00); de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa* (C-113/89); de 5 de diciembre de 2006, *Cipolla* (C-94 y 202/04),

<sup>1120</sup> En este sentido, TRIDIMAS, Takis; “Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny”, en ELLIS, Evelyn (ed.); *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 1999, p. 68.

<sup>1121</sup> STJCE de 30 de diciembre de 1995, *Gebhard* (C-55/94), párrafo 37.

<sup>1122</sup> Así lo expone REICH, Norbert; “How Proportionate is the Proportionality Principle? Some Critical Remarks on the Use and Methodology of the Proportionality Principle in the Internal Market Case Law of the ECJ”, en MICKLITZ, Hans-W.; DE WITTE, Bruno (eds.); *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2012, p. 97 y ss.

<sup>1123</sup> Véanse por ejemplo las SSTJCE de 13 de noviembre de 1990, *Fedesa y otros* (C-331/88); o de 11 de julio de 1989, *Schröder* (C-265/87). El Tribunal no ha invalidado nunca una medida comunitaria por esta razón.

restricciones estatales, la ponderación entre el interés de la Unión y el de los Estados miembros<sup>1124</sup>.

La posibilidad de limitación de las facultades relativas a la competencia se aborda de manera distinta. El Tratado no prevé excepciones posibles para la actividad reguladora del Estado (arts. 101 y 102 TFUE), y la actuación administrativa puede exceptuar los principios de la competencia únicamente en relación con los servicios de interés económico general (art. 106.2 TFUE)<sup>1125</sup>. Lo mismo ocurre en materia de ayudas de Estado (art. 107 TFUE), en que, al margen de las excepciones muy concretas previstas en el Tratado y de los Reglamentos de exención por categorías, los Estados no pueden en virtud de su interés general limitar el derecho de igual competitividad de todas las empresas. El principio de proporcionalidad juega únicamente a través de la regla *de minimis*, que exige para la existencia de una conducta prohibida una afectación significativa de la concurrencia y de los intercambios entre Estados<sup>1126</sup>.

#### **SECCIÓN IV. LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS INSTRUMENTOS DEL ESTADO SOCIAL**

El Derecho primario de la Unión Europea ejerce también una influencia notable sobre los instrumentos de los poderes públicos nacionales, determinando las vías a través de las que pueden realizar las tareas de procura existencial y reforma social propias del Estado social. Si en los ordenamientos nacionales la definición de los instrumentos disponibles es únicamente realizada de modo indicativo, abriendo posibilidades que el Estado puede utilizar, en el marco de la Unión estos instrumentos quedan notablemente restringidos, a causa de la adopción de opciones materiales concretas sobre el orden social y económico que quedan constitucionalizadas. Ello se refleja en los instrumentos reguladores, que quedan afectados principalmente por las libertades de circulación (Sección A), y en los instrumentos administrativos, afectados por la configuración europea de la competencia (Sección B).

---

<sup>1124</sup> TRIDIMAS, Takis; “Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny”, *op. cit.*, 1999, p. 66. Se ha señalado que precisamente las instituciones no suelen perseguir la limitación de estas libertades, no requiriendo por tanto un margen tan amplio de apreciación. KINGREEN, Thorsten; “Fundamental Freedoms” *op. cit.*, 2010, p. 543.

<sup>1125</sup> Véase *infra* Sección IV.B.iii.

<sup>1126</sup> En concreto, la Comisión considera que no vulneran el Tratado los acuerdos entre empresas en que la cuota de mercado no exceda el 10% de ninguno de los mercados relevantes afectados por el acuerdo, ni tampoco los que no excedan una cuota del 15%, cuando las empresas no sean competidores actuales o potenciales (Reglamento 1998/2006).

## **A. La influencia sobre los instrumentos reguladores**

Los instrumentos reguladores estatales quedan afectados por las normas del Derecho de la Unión, en especial por la exigencia, en el espacio económico creado, de reducir las actividades reguladoras en los diversos Estados, en la medida en que éstas suponen la imposición del cumplimiento de procedimientos y estándares distintos a los operadores económicos, que dificultan e impiden la circulación y los intercambios intracomunitarios. El efecto de integración negativa<sup>1127</sup> de las libertades de circulación es a este respecto muy fuerte, situando las regulaciones nacionales bajo control del Tribunal y suprimiendo aquéllas que no puedan justificarse (apartado i). Ello se intenta contrarrestar a través de una cierta recuperación a nivel de la Unión de la actividad reguladora, si bien encuentra múltiples dificultades, no adquiriendo los instrumentos de la Unión los caracteres que tenían los poderes nacionales en el Estado social (apartado ii).

### **i. La reducción de los instrumentos reguladores del Estado**

El Derecho de la Unión tiene un efecto reductor de las posibilidades de regulación por los Estados miembros, que se produce tanto en relación con la propia opción de elaborar y aplicar regulaciones propias sobre el mercado, como sobre el contenido de dichas regulaciones. El recurso a los instrumentos reguladores en cada Estado se halla limitado, en primer lugar, por el establecimiento a nivel europeo del principio de reconocimiento mutuo, que obliga a los Estados a aceptar las regulaciones sobre productos y sobre el trabajo de otros Estados miembros, presumiendo que cumplen estándares similares a los propios y no pudiendo por tanto restringir su entrada con regulaciones adicionales (apartado a). Por otra parte, el tratamiento por el Tribunal de ciertas regulaciones estatales conlleva una reducción del contenido posible de las regulaciones laborales (apartado b), de las regulaciones prestacionales (apartado c) y de otras regulaciones sobre el mercado (apartado d).

#### ***a) La limitación del recurso a la regulación por los Estados miembros***

La limitación del recurso a la regulación por los Estados miembros se produce por efecto de las libertades de circulación y su desarrollo por el Tribunal de Justicia, así como por el

---

<sup>1127</sup> El concepto de “integración negativa” hace referencia al efecto de supresión de las regulaciones estatales que produce la aplicación directa de las libertades de circulación. Ello se opone a la “integración positiva”, que se construye a través de la aprobación de normas armonizadoras en el seno de la Unión. Los conceptos provienen de la distinción de TINBERGEN, pero se utilizan actualmente ampliamente en el Derecho de la Unión. Véase SCHARPF, Fritz W.; “Negative and Positive Integretion in the Political Economy of European Welfare States”, en MARKS, Gary; SCHARPF, Fritz W.; SCHMITTER, Philipp; STREECK, Wolfgang; *Governance in the European Union*, SAGE Publications, London, 1998, p. 15 y ss (15-38).

Derecho derivado. El reconocimiento de estas libertades de desplazamiento en el ámbito europeo supone una opción concreta por la priorización de la regulación privada –la libertad contractual entre los distintos operadores privados-, que puede operar en todo el ámbito del mercado europeo, sin restricciones injustificadas o desproporcionadas. El concepto amplio de restricción que utiliza el Tribunal dificulta como se vio la adopción de regulaciones estatales, y ello se acentúa con el principio de reconocimiento mutuo, que impide a los Estados oponer sus propias regulaciones ante la entrada de bienes, servicios y trabajadores de otros Estados.

El concepto de restricción a las libertades de circulación se formula como se vio de modo muy amplio por el Tribunal, considerando como tales “todas las reglas de comercio establecidas por los Estados miembros, que sean capaces de dificultar, directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario”<sup>1128</sup>. El recurso a la regulación por los Estados, por tanto, en la medida en que tenga como objeto algún aspecto del mercado, se presume restrictivo del potencial ejercicio transnacional de la actividad económica, debiendo ser justificado en atención a las derogaciones expresas del Tratado o a los requisitos imperativos y razones imperiosas de interés general. A ello se añade, posteriormente, la extensión del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito del mercado interior, exigiendo a los Estados la admisión en sus mercados de los productos y servicios legalmente fabricados y comercializados en otro Estado miembro: las regulaciones restrictivas deberán, no únicamente justificarse en atención a las razones del Tratado, sino también demostrar que no duplican las cargas de la regulación del Estado de origen, y que se hallan motivadas por elementos propios de interés general que no se encuentren en el otro Estado miembro suficientemente garantizadas.

El principio de reconocimiento mutuo se halla únicamente previsto en el Tratado en materia de cualificaciones profesionales (art. 53 TFUE)<sup>1129</sup>, extendiéndose su aplicación a nivel general a través de un doble desarrollo que se produce por el Tribunal y la Comisión. Si los problemas planteados por la divergencia de regulaciones se habían abordado previamente desde la armonización normativa, fijándose a nivel europeo el estándar exigible y aproximándose las legislaciones de todos los Estados, esta técnica se reveló extremadamente costosa, sustituyéndose posteriormente por el principio de reconocimiento mutuo, y estableciendo así un sistema basado en la regulación descentralizada –correspondiente a los

<sup>1128</sup> STJCE de de 11 de julio de 1974, *Dassonville* (C-8/74), párrafo 5.

<sup>1129</sup> Anteriormente también se reconocía en relación con las empresas y personas jurídicas (art. 293 TCE), pero este artículo ha sido derogado por el Tratado de Lisboa.

diversos Estados- pero exigiendo la aceptación por ellos de otras regulaciones divergentes existentes en el ámbito de la Unión.

El establecimiento jurisprudencial de este principio se produce inicialmente en la sentencia *Cassis de Dijon*, donde el Tribunal, valorando una normativa alemana que exigía un grado alcohólico mínimo para diversos productos e impedía así la importación de un licor francés de menor graduación, consideró que “no existe ningún motivo válido para impedir que las bebidas alcohólicas, siempre que sean legalmente producidas y comercializadas en uno de los Estados miembros, se importen a cualquier otro Estado miembro sin que pueda oponerse a su venta una prohibición legal de comercialización (...)”<sup>1130</sup>. La Comisión adoptaría en base a ello una nueva aproximación a la armonización de las reglas del mercado, priorizando la regulación por los propios Estados y circunscribiendo el acercamiento de legislaciones a los ámbitos en que ello fuera estrictamente imprescindible: así se refleja en la Comunicación de la Comisión de 3 de octubre de 1980 sobre la sentencia *Cassis de Dijon*<sup>1131</sup>, y especialmente en el Libro Blanco de la Comisión de 1985 sobre la compleción del mercado interior<sup>1132</sup>, donde se prevé, ante las dificultades de la armonización exhaustiva, la priorización del reconocimiento mutuo de las regulaciones, dejando autonomía reguladora a los Estados pero exigiéndoles el reconocimiento de las regulaciones equivalentes.

En el ámbito de los servicios, el principio de reconocimiento mutuo presenta mayores dificultades, debido a las especiales características de los mismos y al objeto de su regulación, que no se refiere habitualmente a elementos técnicos de la propia prestación, sino a los aspectos que la rodean –las condiciones laborales de los trabajadores que lo realizan, la seguridad o salud de los destinatarios-. La dificultad de evaluar dichas regulaciones, difícilmente comparables con regulaciones de otros Estados haciendo abstracción de las políticas en que se inscriben<sup>1133</sup>, ha conllevado una consolidación más tardía de este principio en esta materia, y su articulación principalmente a través de medidas de Derecho derivado que se apoyan en una cierta armonización previa de los distintos ámbitos. Así, en materia de servicios el Tribunal ha establecido los fundamentos de este principio, ya desde la temprana

---

<sup>1130</sup> STJCE de 20 de febrero de 1978, *Cassis de Dijon* (C-120/78), párrafo 14. Existen antecedentes en otras resoluciones, como la STJCE de 3 de diciembre de 1974, *Van Binsbergen* (C-33/74), en materia de servicios.

<sup>1131</sup> Véase la Comunicación de la Comisión de 3 de octubre de 1980, sobre las consecuencias de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia el 20 de febrero de 1979, en el caso 120-78 (*Cassis de Dijon*).

<sup>1132</sup> Libro blanco de la Comisión “Completing the Internal Market”, COM (85) 310, p. 19 y ss.

<sup>1133</sup> Así lo establece HATZOPOULOS, Vassilis; “Le principe de la reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services”, en *Cahiers de Droit européen*, 2010, p. 57, quien destaca la diferencia de los servicios respecto a los bienes, que no entrañan regulaciones de tan alta sensibilidad política y social.

sentencia *Van Binsbergen*<sup>1134</sup> y posteriormente en la sentencia *Säger*<sup>1135</sup>, pero ello ha sido especialmente articulado a través de Directivas, que han ido estableciendo la obligación de reconocimiento mutuo sobre la base de una relativa armonización de la materia, y sin un alcance generalizado para todos los servicios<sup>1136</sup>. La Directiva 2006/123 de servicios, aprobada como revisión a la controvertida propuesta Bolkestein<sup>1137</sup>, contiene de forma implícita este principio, si bien su alcance se limita en cierta medida: no se establece el “principio del Estado de origen” como pretendía la propuesta inicial, sino únicamente una versión modulada del principio de reconocimiento mutuo, que exige no obstante no duplicar requisitos administrativos (art. 5.3, art. 10.3, art. 23.1) y no restringir el establecimiento o la prestación de servicios por operadores de otros Estados miembros, salvo cuando existan razones de interés general debidamente justificadas y proporcionadas (art. 9.1, art. 16.1).

El principio de reconocimiento mutuo actúa, por tanto, con un efecto reductor de las opciones reguladoras estatales sobre el mercado, en la medida en que obliga a los Estados miembros a tener en cuenta los requisitos y garantías ya exigidas al producto o servicio en el Estado de origen. Es cierto que este principio no supone la obligación de aceptar de forma incondicionada todas las regulaciones de los demás Estados, pero sí implica el deber de considerar, en el momento de establecer una restricción a la libre circulación de bienes o servicios, la “historia reguladora” del producto, para determinar si en efecto existen razones imperativas propias de interés general que puedan justificarla<sup>1138</sup>. Se adopta así una cierta presunción de equivalencia de los objetivos y las regulaciones de los distintos Estados, que

<sup>1134</sup> STJCE de 3 de diciembre de 1974, *Van Binsbergen* (C-33/74).

<sup>1135</sup> STCE de 25 de julio de 1991, *Säger* (C-76/90).

<sup>1136</sup> Así sucede por ejemplo con la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, sobre un marco comunitario para las firmas electrónicas; la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000 (comercio electrónico); y la Directiva Parlamento europeo y del Consejo 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002, sobre el tratamiento de datos personales en las comunicaciones electrónicas.

<sup>1137</sup> La propuesta de Directiva Bolkestein (COM(2004) 2/3 final) establecía un marco general para todos los servicios, incluyendo los servicios no económicos de interés general y los servicios sociales de interés general, en el que la regulación debía regirse por el “principio del Estado de origen”, no pudiendo los Estados de acogida oponer ninguna de sus regulaciones a la entrada y prestación por operadores extranjeros. Véase BRUNN, Niklas; “The Proposed Directive on Services and Labour Law”, en BLANPAIN, Roger (ed.); *Freedom of Services in the European Unión. Labour and Social Security Law The Bolkestein Initiative*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, p. 19 y ss.

<sup>1138</sup> En este sentido, ARMSTRONG, Kenneth A.; “Mutual Recognition”, en BARNARD, Catherine, SCOTT, Joanne (eds.); *The Law of the Single European Market. Unpacking the premises*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2002, p. 231. Ello conlleva no obstante una modificación del sentido clásico de la subsidiariedad, puesto que la regulación debe hacerse ahora en el nivel donde tenga mayor eficacia, que desde el punto de vista del mercado será el nivel más elevado. En este sentido, STERPA, Alessandro; “Il principio di sussidiarietà nel diritto comunitario e nella Costituzione”, en *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, núm. 15, 2010, p. 3 y ss.

sólo puede ser desvirtuada si se prueba que el Estado añade una protección adicional al producto, servicio o trabajador, y que ello queda dentro de los límites que admite el Tratado. Las empresas no deben así probar que cumplen las especificaciones técnicas de cada Estado, sino que son los propios Estados quienes deben justificar sus regulaciones, perdiendo así la capacidad autónoma de realizar las regulaciones sobre la actividad económica que consideren pertinentes para la realización de su propia concepción de la procura existencial<sup>1139</sup>.

Ello conduce, además, a una situación de competencia reguladora entre los sistemas nacionales, que lidian por la búsqueda de las normas más beneficiosas para los operadores económicos, en un proceso de experimentación y descubrimiento de esquemas y regímenes reguladores múltiples. Si ello puede tener, según se alega, consecuencias beneficiosas a través del aprendizaje mutuo que proporciona el estudio y apreciación de las soluciones adoptadas en otros Estados<sup>1140</sup>, dicha situación conlleva un cambio en la función reguladora pública, que se subordina a los intereses privados y a la búsqueda de los esquemas reguladores más propicios para la mejora del sistema económico<sup>1141</sup>: en la medida en que el cumplimiento con cualquier regulación de un Estado miembro dará entrada a las empresas al mercado interior – pudiendo circular libremente en todos ellos-, los Estados buscan la atracción del capital y las empresas a través de sus esquemas reguladores, sustituyendo o identificando el interés general que regía tradicionalmente la actividad reguladora con el interés de dichos operadores.

### ***b) La reducción del contenido de las regulaciones laborales***

La influencia de las libertades de circulación se expresa también sobre el contenido de las regulaciones estatales, y tiene especial incidencia en el ámbito laboral, donde la protección frente al poder del empresario se articula esencialmente a través de instrumentos de regulación de su relación con los trabajadores. Si los derechos sociales que permiten a los sujetos colectivos la regulación autónoma de estas relaciones quedan, como se vio,

<sup>1139</sup> Por ejemplo, en la STJCE de 22 de octubre de 1998, *Comisión c. Francia (foie-gras)*, (C-184/96), el Tribunal consideró que la regulación de los requisitos del *foie-gras*, al no contener una cláusula de admisión de otras regulaciones no nacionales que fueran equivalentes, era incompatible con el Tratado.

<sup>1140</sup> En este sentido, DEAKIN, Simon; “Legal Diversity and Regulatory Competition. Which Model for Europe?”, *Working Paper of the Centre for Business Research, University of Cambridge*, núm. 323, 2006, p. 2. El autor apunta los distintos modelos posibles de competencia reguladora, siendo el modelo de la Unión una armonización reflexiva, que establece un nivel mínimo común pero permite a partir de él la diversidad.

<sup>1141</sup> Algunos autores argumentan que ello puede producir un aumento de los estándares normativos, si los Estados compiten para atraer a los mejores trabajadores y por tener una industria con elevados niveles de calidad. Véase BARNARD, Catherine; DEAKIN, Simon; “Market Access and Regulatory Competition”, en BARNARD, Catherine, SCOTT, Joanne (eds.); *The Law of the Single European Market. Unpacking the premises, op. cit.*, 2002, p. 201. BARNARD, Catherine; “Social Dumping and the Race to the Bottom: Lessons for the European Unión from Delaware”, en *European Law Review*, vol. 25, 2000, p. 68.

fuertemente afectados por estas libertades –véase *supra* Sección III.A.ii-, también los poderes estatales de regulación en este ámbito se ven sustancialmente reducidos por efecto de la libre circulación de bienes, de servicios y de establecimiento. Así se ha reflejado en diversas sentencias que han tratado la regulación de las condiciones laborales a nivel interno –especialmente, el tiempo de trabajo- y la situación de los trabajadores en caso de desplazamiento o realización de un servicio con una conexión transnacional.

Las regulaciones sobre la jornada laboral y el tiempo de trabajo han quedado afectadas principalmente por la libre circulación de bienes (art. 34 TFUE), en la medida en que han sido cuestionadas por litigantes particulares alegando que ocasionaban restricciones en la comercialización de productos de otros Estados miembros. La incidencia del Derecho de la Unión en este ámbito ha sido relativa, considerando el Tribunal, tras un período de incertidumbre, que este tipo de normativa estaba justificada, y estableciendo incluso finalmente que las regulaciones sobre condiciones de venta quedan excluidas del ámbito de la libre circulación de bienes<sup>1142</sup>. Ello no implica, sin embargo, que la libre circulación de bienes quede privada de todo efecto sobre las regulaciones estatales que persigan objetivos sociales en el ámbito laboral. En la sentencia *Merci Convenzionali Porto di Genova*, por ejemplo, el Tribunal consideró, en relación con una regulación italiana sobre organización de actividades portuarias, que se impugnaba por reservar las operaciones de movimiento de mercancías a determinadas empresas causando costes adicionales que podían reducir las importaciones<sup>1143</sup>, que la normativa era contraria a la libre circulación de mercancías, no teniendo en cuenta los objetivos sociales subyacentes aducidos por el Gobierno italiano, que perseguía la estabilidad laboral de unos trabajadores con elevado riesgo de precarización. La normativa estatal sigue estando sujeta, por tanto, a la libre circulación de bienes, lo que puede afectar a las reglamentaciones establecidas con fines sociales y privarlas de parte de su contenido.

---

<sup>1142</sup> En la sentencia *Oebel*, el Tribunal estimó, en relación con una normativa alemana que prohibía el trabajo nocturno en panaderías, que el régimen concreto en cuestión no vulneraba dicha libertad, puesto que en la práctica no podía dar lugar a una restricción del comercio entre Estados (STJCE de 14 de julio de 1981, *Oebel*, C-155/81). Asimismo, en una serie de sentencias relativas a la prohibición del trabajo dominical, el Tribunal las consideró como medidas potencialmente limitadoras de la libre circulación de bienes, evaluando su justificación y proporcionalidad, y aceptando finalmente en todas ellas la admisibilidad de la normativa encausada (SSTJCE de 23 de noviembre de 1989, *Torfaen Borough Council*, C-145/88; de 28 de febrero de 1991, *Conforama*, C-312/89; y *Merchandise*, C-332/89; de 16 de diciembre de 1992, *Reading Borough Council*, C-304/90), *Council of the City of Stoke-on-Trent* y *Norwich City Council*, C-169/91), y *Rochdale Borough Council*, C-306/88). Sólo tras la sentencia *Keck* el Tribunal estableció la exclusión de las reglas sobre modalidades de venta respecto al ámbito de la libre circulación de bienes, quedando las regulaciones laborales sobre la jornada y tiempo de trabajo exentas de su cumplimiento (STJCE de 24 de noviembre de 1993, *Keck y Mithouard* (C-267/91 y 268/91).

<sup>1143</sup> STJCE de 10 de diciembre de 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova* (C-179/90).

Las regulaciones del ámbito laboral resultan afectadas, por otra parte, por la libertad de servicios (art. 56 TFUE) y de establecimiento (art. 49 TFUE), en las situaciones en que se ven involucrados los trabajadores y sus condiciones laborales. En la medida en que dichas libertades hacen referencia a la potencial realización de actividades económicas en otro Estado miembro, la regulación estatal relativa a los trabajadores adquiere relevancia, no pudiendo impedir de forma injustificada la realización de dichas facultades transnacionales. El efecto de dichas libertades se refleja, así, en dos sentidos: por un lado, la regulación general de determinadas condiciones laborales puede prevenir *ex ante* el ejercicio de las libertades de circulación; por otro lado, la aplicación de la normativa de un Estado a los trabajadores ya desplazados sobre su territorio puede dificultar *ex post* la libertad de servicios ya ejercida<sup>1144</sup>.

El primer tipo de supuestos se ha producido especialmente en relación con la regulación estatal de la colocación privada de mano de obra y de la cesión de trabajadores. En el asunto *Webb*, la actividad de cesión de trabajadores fue considerada como servicio en el sentido del artículo 56 TFUE, admitiendo que su específica naturaleza –que afecta a las relaciones en el mercado laboral y a los propios trabajadores– puede fundamentar su sujeción a una autorización previa del Estado, pero exigiendo que ésta no suponga una repetición de las justificaciones y garantías exigidas en el Estado de establecimiento de la empresa<sup>1145</sup>. También la imposición de un cierto tipo de relación laboral o de condiciones laborales por la normativa estatal se ha considerado como obstáculo que previene el ejercicio de la libertad de servicios: en el caso *Syndesmos*, por ejemplo, una normativa griega que imponía un vínculo laboral para determinados guías turísticos, evitando la precariedad propia de este sector, fue declarada incompatible con el Tratado en la medida en que podía privar a determinados guías extranjeros de la posibilidad de ejercer esta profesión de forma independiente<sup>1146</sup>.

La restricción *ex post* de estas libertades se produce por las regulaciones estatales que pretenden extender las condiciones laborales nacionales a los trabajadores desplazados por empresas establecidas en otros Estados miembros. En estos casos, las regulaciones nacionales

---

<sup>1144</sup> En este sentido, VICIANO PASTOR, Javier; GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración; “Libertades económicas en el mercado común y normas laborales”, en GOERLICH PESET, José María (dir.); *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2011, p. 63.

<sup>1145</sup> STJCE de 17 de diciembre de 1981, *Webb* (C-279/80), párrafo 20.

<sup>1146</sup> STJCE de 5 de junio de 1997, *Syndesmos* (C-398/95). De forma similar, en el asunto *Comisión c. Francia*, el Tribunal declaró que la imposición de una presunción de percepción de salario para determinados artistas, entendiéndose que su contrato era un contrato de trabajo y obligando por tanto al pago de las cotizaciones de seguridad social, constituye una restricción excesiva del acceso al mercado de los agentes independientes, obligados entonces a probar la inexistencia de dicho contrato, STJCE de 15 de junio de 2006, *Comisión c. Francia* (C-255/04).

se han valorado conforme al mismo test que se aplica a las restricciones, sin tener en cuenta su objeto ni la finalidad social subyacente. En el asunto *Arblade*, por ejemplo, en relación con una normativa belga que requería para el desplazamiento de trabajadores el cumplimiento de ciertas condiciones de salario mínimo, de cotizaciones sociales, y de tenencia y conservación de documentos, el Tribunal consideró que el Derecho comunitario no se opone a la aplicación de un salario mínimo para dichos trabajadores, siempre que esté fijado en disposiciones suficientemente precisas y accesibles, pero consideró que las obligaciones de cotización en el Estado de acogida, sumándose a las obligaciones que ya tenía la empresa en el Estado de origen, constituía una restricción a la libre prestación de servicios que no podía justificarse si los trabajadores ya disfrutaban de una protección esencialmente similar<sup>1147</sup>. La valoración de la proporcionalidad de la medida, atendiendo al carácter de “ventaja significativa” que suponga para los trabajadores desplazados, se desarrolló posteriormente en la sentencia *Finalarte*: el Tribunal exige al órgano nacional examinar si la protección establecida supone para los trabajadores desplazados una verdadera protección adicional en comparación con la que tienen en el Estado de establecimiento, debiendo ello determinarse en relación con la situación global de los trabajadores –lo que genera notables dificultades a los órganos nacionales-, y debiendo valorar si las cargas administrativas y económicas que ello supone para el empresario no son desproporcionadas<sup>1148</sup>.

La reducción de los poderes reguladores estatales en materia laboral se hace patente, por tanto, en la limitación del contenido que puede imponerse de forma obligatoria a los operadores económicos, que no puede prevenir el ejercicio de la libertad de servicios ni dificultarla excesivamente una vez ya ejercida. La normativa laboral, escindida tradicionalmente de la regulación del mercado, queda así subordinada nuevamente a las exigencias de satisfacción de los operadores económicos, perdiendo su potencial de limitación del libre funcionamiento del mercado que era propio del Estado social e imprescindible para la garantía de la protección de los trabajadores<sup>1149</sup>.

---

<sup>1147</sup> STJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade y otros* (C-369/96 y C-376/96). De forma similar, las SSTJCE de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa* (C-113/89); de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni* (C-165/98); de 24 de enero de 2002, *Portugaia* (C-164/99); y de 12 de octubre de 2004, *Wolff&Müller* (C-60/03).

<sup>1148</sup> STJCE de 25 de octubre de 2001, *Finalarte* (C-49/98, 50/98, 52 a 54/98, y 68 a 71/98), en relación con el régimen de vacaciones retribuidas de los trabajadores de la construcción desplazados a Alemania. La aprobación de la Directiva 96/71 no ha variado en gran medida la aproximación del Tribunal. Véase QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana; “Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores (del asunto *Arblade* al *Portugaia*)”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12, 2002, p. 445.

<sup>1149</sup> En este sentido, LYON-CAEN, Antoine; “Droit communautaire du marché v.s. Europe sociale”, contribución al Symposium El impacto de la jurisprudencia del TJCE sobre el Derecho laboral de los Estados miembros, organizado por el Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales, Berlín, 26 de junio de 2008.

**c) *La reducción del contenido de las regulaciones prestacionales***

El Derecho de la Unión conlleva también una cierta modulación de la capacidad de los Estados miembros de establecer o regular el acceso a prestaciones públicas, que pueden ser contrarias según su contenido o configuración a las exigencias de la libre circulación de mercancías, de establecimiento o de servicios. Las normativas afectadas se refieren tanto a prestaciones ligadas a la relación de trabajo –los regímenes de seguridad social- como a ventajas establecidas en otros ámbitos, por ejemplo, las prestaciones de apoyo al acceso a la educación o a la búsqueda de empleo.

En relación con las prestaciones de seguridad social, ya se ha visto que el Tribunal aplica una visión estricta del nivel de prestación que puede garantizarse por el poder público, cuando ello impida el acceso al mercado de organismos privados de seguro provenientes de otros Estados miembros. El establecimiento de esquemas de seguro obligatorios para los individuos, gestionados a través de organismos directamente señalados por el poder público, queda subordinado a una exigencia de proporcionalidad –en tanto restringe la realización de dicha actividad por otros actores privados-, lo que el Tribunal identifica con el carácter mínimo de la protección, que deje espacio para su complemento a través de seguros privados de carácter voluntario. No se establece cuál es el nivel a partir del que la prestación pública excedería la proporcionalidad, pero estos casos parecen sugerir que no se admitiría una completa desmercantilización de los riesgos de seguridad social, que fueran garantizados en un elevado nivel a través de esquemas públicos obligatorios de protección<sup>1150</sup>.

La normativa de seguridad social ha sido cuestionada, asimismo, por dificultar la libre circulación de bienes y de servicios, cuando obstaculiza o penaliza a los individuos que la han ejercido. En este caso, no se trata de regulaciones que prevén el acceso a prestaciones en el propio Estado, sino de otras que restringen la posibilidad del individuo de obtener estos bienes o servicios en otro Estado miembro y de exigir posteriormente el reembolso al sistema de salud donde se halla afiliado. Así sucede con las legislaciones nacionales que subordinan a una autorización la búsqueda de tratamiento médico o la compra de productos médicos en

---

<sup>1150</sup> Véase la STJCE de 22 de mayo e 2002, *Freskot* (C-355/00), ya citada, donde el Tribunal consideró, en relación con un régimen de seguro obligatorio de los agricultores griegos, que éste constituía un obstáculo a la libertad de servicios (en particular porque su realización se reservaba a una única compañía), si bien podía considerarse justificado en base a un objetivo de política social, y podía estimarse proporcionado por cuanto ofrecía únicamente un nivel de seguro mínimo dejando espacio a su posible complemento por operadores privados. El mismo razonamiento se reitera en la STJCE de 5 de marzo de 2009, *Kattner Stahlbau* (C-350/07), donde el Tribunal, en relación con el régimen alemán de seguro sobre accidentes laborales (atribuido a determinadas cajas de seguro) lo considera como restricción a la libertad de servicios que impide la contratación de otros operadores, pero la estima justificada y proporcionada, en tanto se mantiene en una cobertura mínima y permite en un nivel más alto de prestación la entrada de los actores privados.

otros Estados miembros, cuyas condiciones de otorgamiento se establecen por los poderes nacionales, restringiendo las posibilidades de desplazamiento de los individuos.

En este ámbito, la apreciación del Tribunal ha sido distinta según el tipo de bienes o servicios en juego. En relación con la libertad de desplazarse a otro Estado miembro para adquirir productos médicos, el Tribunal ha considerado que la sujeción a autorización constituye una regulación restrictiva, y que no puede ser justificada en atención a motivos de aseguramiento de la capacidad o equilibrio financiero del propio sistema de seguridad social, puesto que estos productos no tienen un coste tan elevado como para tener incidencia en ella<sup>1151</sup>. En relación con el desplazamiento para obtener tratamientos médicos, el Tribunal ha distinguido entre las prestaciones hospitalarias y los demás tratamientos, analizando los regímenes de autorización y los supuestos en que ésta puede obtenerse: en el caso de las prestaciones hospitalarias, ha considerado que la sujeción a autorización puede estar justificada en razón de su especial naturaleza –éstas requieren de una planificación y un control de gastos específico, y pueden poner en peligro el equilibrio financiero del sistema-, pero ha establecido que los requisitos de concesión deben establecerse de forma objetiva y clara, determinándose de acuerdo con una evaluación objetiva según la ciencia internacional, y pudiendo subordinarse a la inexistencia de un tratamiento igual y eficaz en los hospitales del Estado propio<sup>1152</sup>; en el caso de las prestaciones no hospitalarias, en cambio, el Tribunal no ha admitido la exigencia de autorización, considerando que no existe peligro de desequilibrio del sistema de seguridad social en la medida en que los desplazamientos de este tipo son menos frecuentes entre los Estados miembros<sup>1153</sup>.

Una situación similar ocurre en relación con las prestaciones pecuniarias de apoyo a la formación y a la búsqueda de empleo, si bien en estos casos el Derecho de la Unión ha exigido únicamente su configuración de forma que no perjudique a los ciudadanos que hayan ejercido la libre circulación. Se ha establecido, así, que la regulación de prestaciones nacionales, como las prestaciones de desempleo o becas de estudio, no puede subordinarse a

---

<sup>1151</sup> Véase la STJCE de 28 de abril de 1998, *Decker* (C-120/95), donde el Tribunal valoraba una regulación nacional que sujetaba a autorización el reembolso por la compra de unas gafas en otro Estado miembro.

<sup>1152</sup> Véase la STJCE de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms* (C-157/99), donde se examinó una normativa neerlandesa sobre reembolso de gastos médicos ocasionados en otro Estado miembro, que se subordinaba a una autorización únicamente otorgada si el tratamiento recibido formaba parte de las prestaciones cubiertas por el seguro de enfermedad en el Estado de origen, y siempre que fuera un tratamiento considerado “habitual” cuya “necesidad” resultara probada. Asimismo, la STJCE de 13 de mayo de 2003, *Müller-Fauré y Van Riet* (C-385/99), donde se acepta que dichas regulaciones pueden estar justificadas, pero se establece que la autorización no puede dar lugar a un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales, debiendo su decisión basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, y con posibilidad de recurso.

<sup>1153</sup> STJCE de 13 de mayo de 2003, *Müller-Fauré y Van Riet* (C-385/99).

la obtención de un título educativo en el propio Estado o a la realización de un período de formación previa en su territorio, en la medida en que ello dificulta la libre circulación de los propios nacionales, situándolos en una posición de desventaja si han realizado sus estudios en otro Estado miembro<sup>1154</sup>. Más allá de ello, todas las regulaciones nacionales que establecen prestaciones para los nacionales deben configurarse de forma no discriminatoria respecto a los nacionales de otros Estados miembros que residan legalmente en el propio territorio: la jurisprudencia sobre ciudadanía y no discriminación, como se vio, supone una obligación de los Estados de extender la regulación de las prestaciones a todos los ciudadanos de la Unión, pudiendo únicamente en ciertos casos modular su acceso en función de un vínculo de integración real en la comunidad<sup>1155</sup>.

Las libertades de circulación, por tanto, condicionan el contenido de las regulaciones nacionales que establecen prestaciones, impidiendo una configuración que impida de forma injustificada o desproporcionada el ejercicio de dichas facultades transnacionales. Ello no obliga a una reducción necesaria de todos los esquemas prestacionales, pero sí exige una configuración que respete la posible prestación de la actividad por sujetos privados –si se trata de un servicio económico-, y la posibilidad de los ciudadanos de desplazarse en el territorio de la Unión, pudiendo obtener prestaciones en otros Estados, así como obtener las prestaciones de su propio Estado a pesar de que hayan previamente estudiado o trabajado en otro Estado miembro. Las regulaciones prestacionales deben así abrirse y adaptarse a la posibilidad de ejercer estos derechos, teniendo en cuenta la existencia de un espacio supranacional y perdiendo en cierta medida su carácter de territorialidad: la capacidad de realizar la procura existencial de cada Estado dependerá de las consecuencias que esta apertura tenga en el desplazamiento de sus ciudadanos, y de su capacidad de mantener el equilibrio entre la financiación del sistema y las prestaciones que otorga.

***d) La reducción del contenido de otras regulaciones del mercado***

El Derecho de la Unión incide, finalmente, en la capacidad reguladora del mercado de los Estados miembros, más allá del ámbito laboral y de la concesión de prestaciones concretas. La libre circulación de bienes y de servicios, así como su desarrollo a través del Derecho derivado, conllevan el establecimiento de condiciones muy estrictas a la regulación de estos ámbitos de forma unilateral por los Estados, exigiendo la máxima simplificación posible de

<sup>1154</sup> SSTJCE de 11 de julio de 2002, *D'Hoop* (C-224/98) y de 23 de octubre de 2007, *Morgan* (C-11 y 12/06).

<sup>1155</sup> Véase *supra* Sección III.A.iii.

las regulaciones y procedimientos administrativos existentes, y una cierta convergencia entre los distintos esquemas aplicados. El nivel nacional pierde así su capacidad de limitación y encuadre del propio sistema económico en su territorio, que queda subordinado al respeto de las facultades transnacionales de movimiento: es precisamente la concepción europea de los derechos económicos, con una dimensión transnacional difícilmente limitable, lo que conduce a la reducción de las posibilidades estatales de regulación de la esfera económica.

Como ya se vio, las libertades de circulación se han concebido de forma creciente en la jurisprudencia del Tribunal como derechos de acceso al mercado, más allá de la exigencia de no discriminación entre operadores nacionales y no nacionales<sup>1156</sup>. Las libertades de circulación contienen, en esta concepción, un programa de liberalización de los sectores económicos nacionales, y suponen una opción por un determinado tipo de regulación –la regulación privada– frente a las características de la reglamentación pública: la regulación autónoma del mercado se entiende portadora de mayores beneficios, consiguiendo la máxima eficiencia y una distribución óptima de recursos, que los órganos reguladores públicos, carentes supuestamente de toda la información necesaria para ordenar ámbitos tan complejos, no pueden alcanzar en el ejercicio de sus funciones<sup>1157</sup>.

En el ámbito de la libre circulación de bienes, el efecto del Derecho de la Unión sobre las normativas internas del mercado se había matizado con la jurisprudencia *Keck*, que excluía de su ámbito de aplicación las regulaciones relativas a condiciones de venta –no referentes a requisitos o características de los productos–<sup>1158</sup>. Ello se ha matizado, sin embargo, en sentencias recientes, que parecen optar por un test de acceso al mercado aplicable a todo tipo de regulaciones. En la sentencia *Comisión c. Italia (remolques)*, el Tribunal consideró, en relación con una regulación italiana que prohibía la utilización de remolques por los conductores de motocicletas, que ésta constituía una medida restrictiva, debiendo considerarse

---

<sup>1156</sup> Véanse las Conclusiones del Abogado General Tesauró en el asunto *Hünnermund* (C-292/92), donde plantea la cuestión sobre la función del artículo 34 TFUE: “el artículo 30 del Tratado [34 TFUE] ¿es una norma de liberalización de los intercambios intracomunitarios o una norma destinada, más en general, a promover el libre ejercicio de la actividad comercial en los distintos Estados miembros?” (párrafo 1). Asimismo, sobre las distintas concepciones del artículo 34 TFUE, POIARES MADURO, Miguel; *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, op. cit., 1998, p. 38 y ss, quien señala cómo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hace con este artículo un test de balance entre costes y beneficios de las medidas restrictivas.

<sup>1157</sup> MAJONE, Giandomenico; “The Rise of the Regulatory State in Europe”, en *West European Politics*, vol. 17, núm. 3, 1994, p. 89 y ss.

<sup>1158</sup> STJCE de 24 de noviembre de 1993, *Keck y Mithouard* (C-267/91 y 268/91). El Tribunal ha excluido posteriormente múltiples regulaciones considerándolas condiciones de venta, como las relativas a los horarios de venta, a las obligaciones de los comercios de venta al por menor, o a la venta a domicilio. Sin embargo, el concepto de “condiciones de venta” ha generado dificultades. Véase WEATHERILL, Stephen; “After Keck: Some Thoughts on how to Clarify the Clarification”, en *Common Market Law Review*, vol. 33, 1996, p. 886.

como restricciones todas las medidas discriminatorias, las medidas que exijan requisitos ya cumplidos en el Estado de origen, y “cualquier otra medida que dificulte el acceso de productos originados en otros Estados miembros al mercado de un Estado”<sup>1159</sup>. La misma aproximación se repite en la sentencia *Mickelsson*, relativa a una normativa sueca que restringía el uso de motos acuáticas fuera de las vías de navegación públicas: el Tribunal consideró que, a pesar de no ser discriminatoria, la medida influía en el comportamiento de los consumidores, lo que podía afectar el acceso al mercado de los productos de otros Estados miembros<sup>1160</sup>. Ello parece implicar el retorno a un test general de acceso al mercado, retrocediendo respecto a la jurisprudencia *Keck*, e impidiendo las regulaciones estatales sobre la comercialización de los productos, más allá de sus especificaciones técnicas<sup>1161</sup>.

En el ámbito de los servicios, la reducción de los instrumentos reguladores nacionales se refleja, además de la jurisprudencia ya citada sobre la libertad de servicios, en su desarrollo a través de la Directiva 2006/123, que exige la simplificación de los procedimientos administrativos relativos al establecimiento de empresas de otros Estados miembros y a la prestación transfronteriza de servicios. La Directiva establece la obligación de revisar y simplificar todos los procedimientos aplicables a una actividad de servicios y a su ejercicio (art. 5.1), estableciendo deberes en relación con los certificados o documentos de otros Estados miembros que deben aceptar (art. 5.3), y restringiendo las posibilidades de someter a un régimen de autorización el establecimiento de los prestadores de servicios: estos regímenes sólo se aceptarán si se aplican de forma no discriminatoria, si están justificados por una razón imperiosa de interés general, y si no existen medidas menos restrictivas (art. 9, art. 16.1), quedando sujetos a una obligación de notificación que dará lugar a una evaluación por otros Estados miembros y por la Comisión (art. 39)<sup>1162</sup>. La Directiva establece asimismo una relación de requisitos que quedan prohibidos y que no pueden ser exigibles a los prestadores de servicios (art. 14, art. 16.2), así como otros que los Estados podrán evaluar, atendiendo a la regulación del Estado de origen y examinando si se produce duplicidad (art. 15).

<sup>1159</sup> STJCE de 10 de febrero de 2009, *Comisión c. Italia (remolques)*, (C-110/05), párrafo 37.

<sup>1160</sup> STJCE de 4 de junio de 2009, *Mickelsson* (C-142/05), párrafo 26.

<sup>1161</sup> OLIVER, Peter; “Of Trailers and Jet Skis: Is the Case Law on Article 34 TFEU Hurling in a New Direction?”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 33, núm. 5, 2011, p. 1461.

<sup>1162</sup> Se pretende así la sustitución de los instrumentos tradicionales de control *ex ante* (autorizaciones y licencias) por nuevos instrumentos de control *ex post*. Véase ESTEVE GARCÍA, Francina; “Els diferents instruments de liberalització inclosos a la Directiva 2006/123 de Serveis”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42, 2011, p. 48.

La concepción jurisprudencial y legislativa de las libertades de circulación conduce, por tanto, a una reducción generalizada de los instrumentos reguladores estatales, que no pueden ser utilizados ya libremente en atención exclusivamente al interés nacional, sino que exigen tener en cuenta los intereses de los demás Estados miembros y sus nacionales<sup>1163</sup>. En ello se produce, no obstante, no únicamente un giro hacia la igualdad de todos los nacionales de Estados miembros de la Unión, sino una evolución hacia un mayor ámbito de libertad de los sujetos privados, reduciéndose la capacidad general del Estado de actuar frente a la autonomía del mercado. La actividad reguladora nacional queda, en nombre de la necesaria toma en cuenta de los intereses de los demás ciudadanos de la Unión, severamente limitada justamente en su función de limitación del libre funcionamiento del orden económico: se desactivan los medios por los que el poder público puede excepcionar la lógica del mercado, debiendo precisamente su actividad conformarse a las distintas libertades económicas, o no restringirlas de forma excesiva, para ser aceptada.

## **ii. El intento de recuperación de los instrumentos reguladores a nivel de la Unión**

La reducción de los instrumentos estatales de regulación, tal y como se ha descrito, se acompaña de la atribución a la Unión de ciertos poderes reguladores, que puede, de acuerdo con sus competencias, ejercer en distintas intensidades. Puede pensarse, así, que la limitación de las regulaciones estatales sea un proceso lógico en la construcción de una entidad cuasi-federal, en que los instrumentos reguladores se recuperen por el nivel central, que opera así una operación de re-regulación de la materia con una mayor uniformidad en todo el territorio. Sin embargo, si ello puede ocurrir en algunos ámbitos –especialmente donde la Unión tiene competencias exclusivas-, en la mayor parte de materias se produce una situación más compleja, caracterizada por los problemas que plantea la nueva regulación a nivel de la Unión: por un lado, surgen problemas competenciales que no permiten a las instituciones europeas recuperar una normación similar a la existente a nivel estatal (apartado a); por otro lado, se plantean dificultades en cuanto al procedimiento y la técnica de regulación, en especial por la dificultad de alcanzar un acuerdo entre todos los Estados, lo que conduce a la opción por métodos de regulación blanda (apartado b).

---

<sup>1163</sup> En este sentido, WEATHERILL, Stephen; “Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market”, en BARNARD, Catherine, SCOTT, Joanne (eds.); *The Law of the Single European Market. Unpacking the premises*, op. cit., 2002, p. 48.

**a) Las dificultades competenciales para la regulación a nivel de la Unión**

La atribución a la Unión de instrumentos reguladores se produce a través de diversos artículos del Tratado, que determinan el tipo de competencia en cada materia y la clase de regulación que puede realizarse. A diferencia de otras entidades, la Unión apoya ampliamente sus actividades en instrumentos reguladores –no teniendo, más allá de las instituciones centrales, cuerpos administrativos propios–, a través de los que articula sus políticas, debiendo ser ejecutadas por los Estados<sup>1164</sup>. Sin embargo, la configuración de estos poderes reguladores de la Unión impide, por sus características, la recuperación a nivel europeo de una regulación similar a la existente a nivel nacional: por un lado, la Unión tiene reducidas competencias normativas en materia social, lo que le impide realizar una regulación armonizadora fuerte de los distintos sistemas sociales; por otro lado, los instrumentos reguladores del mercado que se le confieren se configuran de tal forma que dificultan la persecución, a través de ellos, de objetivos sociales o no mercantiles.

Los instrumentos armonización que la Unión adquiere en materia específicamente social tienen un alcance reducido, en la medida en que sus competencias son en este ámbito únicamente de apoyo y complemento a los Estados. En relación con la política social y la protección de los trabajadores, el Tratado establece, para ciertos aspectos concretos, la facultad de adoptar disposiciones mínimas (art. 153.2.b TFUE)<sup>1165</sup>. En materia de salud pública, la Unión puede adoptar, para los problemas comunes de seguridad, medidas que establezcan altos niveles de calidad y seguridad de diversas sustancias y productos (art. 168.4 TFUE). De forma similar, la Unión podrá adoptar medidas de armonización en el ámbito del mercado interior para la protección de los consumidores (art. 169 TFUE), así como en el ámbito del medio ambiente, requiriendo en ciertos casos asimismo la aprobación por un procedimiento específico que incluye la unanimidad (art. 192 TFUE)<sup>1166</sup>.

<sup>1164</sup> En este sentido, DEHOUSSE, Renaud; “Integration v. Regulation? On the Dynamics of Regulation in the European Community”, en *Journal of Common Market Studies*, núm. 4, 1992, p. 388 y ss, quien compara la Unión Europea con la configuración de la actividad reguladora en Estados Unidos, más reducida a nivel federal y realizada por agencias administrativas especializadas.

<sup>1165</sup> Los ámbitos que pueden ser objeto de disposiciones mínimas son la mejora del entorno de trabajo, las condiciones de trabajo, la seguridad social y la protección social de los trabajadores, la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral, la información y consulta a los trabajadores, la representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y los empresarios, incluida la cogestión, las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión, y la integración de las personas excluidas del mercado laboral (art. 153.1.a hasta i TFUE). Quedan excluidas no obstante de la regulación por la Unión las remuneraciones, el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga y el derecho de cierre patronal (art. 153.5 TFUE).

<sup>1166</sup> La base jurídica para la legislación sobre medio ambiente se introduce con el Acta Única Europea (1986), y las políticas social, de empleo, de educación, cultura, y salud pública aparecen con el Tratado de Maastricht

La previsión de los poderes reguladores de la Unión en estas materias muestra las precauciones con que se establecen las facultades armonizadoras, quedando sujetas en la mayor parte de casos a un procedimiento específico que requiere la consulta a un mayor rango de órganos e instituciones y su aprobación por unanimidad, de forma que los Estados mantienen el control final sobre la misma. La aproximación de legislaciones a través de una única regulación central de la Unión queda, en estas materias, fuertemente limitada, perteneciendo los ámbitos sociales a la competencia principal de los Estados, y debiendo la Unión respetar la diversidad de las regulaciones existentes: la aproximación de legislaciones se limita así en la mayor parte de casos a disposiciones mínimas –que los Estados pueden aumentar-, sujetándose en algunos supuestos a procedimientos más costosos, y excluyéndose expresamente en los ámbitos de empleo (art. 149 TFUE), de educación (arts. 165.4, 166.4 TFUE), de cultura (art. 167.5 TFUE) y en ciertos aspectos de salud pública (art. 168.5 TFUE).

Esta limitación de los poderes armonizadores de la Unión en materia social parece lógica, de acuerdo con la distribución de competencias existente y con la concepción de esta entidad como organización limitada, que no tiene por qué incorporar específicas tareas sociales. Es cierto que los poderes de armonización mínima de la Unión han supuesto, en el ámbito social, la adopción de un número importante de regulaciones europeas<sup>1167</sup>, pero dichas medidas se han elaborado principalmente como aspectos relativos al funcionamiento del mercado, fundamentadas en realidad en la base jurídica que permite la aproximación de las legislaciones relativas al establecimiento y funcionamiento del mercado interior (art. 114.1 TFUE). La normativa armonizadora opera aquí como un instrumento al servicio de la creación de un nivel uniforme de regulaciones, que sitúa a todos los operadores económicos en las mismas condiciones ante la competencia a escala europea<sup>1168</sup>.

---

(1992). Previamente, el Acta Única Europea había introducido una competencia para la armonización mínima en materia de salud y seguridad de los trabajadores, por mayoría cualificada (art. 118 A TCEE).

<sup>1167</sup> Así por ejemplo, en materia de medio ambiente, la Directiva 80/778/CEE, de 15 de julio de 1980, sobre la calidad de las aguas destinadas al consumo humano; o la Directiva 88/609/CEE, de 24 de noviembre de 1988, sobre la limitación de las emisiones de ciertos contaminantes desde plantas de combustión. En materia de protección de los consumidores, la Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, sobre contratos negociados fuera de establecimientos comerciales; o la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, sobre paquetes de viajes. En el ámbito laboral, la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998, sobre despidos colectivos; la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero de 1977, sobre derechos adquiridos de los trabajadores; la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre de 1980, sobre insolvencia del empresario; la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre de 1991, sobre información de las condiciones de empleo; el Acuerdo marco sobre permiso de paternidad anexo a la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996; o el Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial anexo a la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre de 1997.

<sup>1168</sup> En este sentido, DOUGAN, Michael; “Minimum Harmonization and the Internal Market”, en *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, p. 855, quien indica que la Comunidad ha realizado estas medidas a través de la base jurídica del mercado interior, más que por las bases jurídicas concretas de las distintas políticas.

Los poderes de la Unión para la armonización en el mercado interior son, por el contrario, más amplios, y permiten un procedimiento más sencillo, exigiendo únicamente la aprobación por mayoría cualificada. El artículo 114 TFUE, a pesar de constituir una base jurídica residual, ha sido utilizado durante largo tiempo en ámbitos muy diversos, lo que se ha modificado posteriormente, especialmente con la nueva aproximación del Tribunal en la sentencia *Alemania c. Parlamento y Consejo (Tobacco Advertising I)*: se ha establecido así que el Tratado no atribuye al legislador comunitario “una competencia general para regular el mercado interior”, y que esta base jurídica sólo puede utilizarse cuando la legislación contribuya a la eliminación de obstáculos a las libertades de circulación o cuando facilite la remoción de distorsiones de la competencia por la diversidad de las reglas nacionales, no pudiendo utilizarse de forma encubierta para eludir la prohibición de armonización en ciertas materias –en el caso, en relación con la salud pública (art. 168.5 TFUE)-<sup>1169</sup>.

Ello limita por un lado los poderes reguladores de la Unión, preservando la autonomía reguladora de los Estados, pero implica al mismo tiempo una finalidad concreta de la regulación europea, que debe limitarse, según la sentencia, a la remoción de los obstáculos que impiden la libre circulación y la competencia. Sin embargo, el aumento de las competencias y objetivos de la Unión, junto con la práctica generalizada de sus instituciones – donde la armonización de legislaciones del mercado va ligada generalmente a otras preocupaciones<sup>1170</sup>-, sugiere que la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal debe ir en realidad en otro sentido, un tanto más matizado: como ha señalado la doctrina, la utilización del artículo 114 TFUE no impide la incorporación a la norma europea de intereses no mercantiles, pero el recurso a esta base jurídica queda limitado a aquellos supuestos en que la armonización de legislaciones sea necesaria para el funcionamiento del mercado interior<sup>1171</sup>. La Unión no tiene, por tanto, facultades para legislar sobre el mercado en base exclusivamente a un interés social o no mercantil, sino que ello debe ir ligado al impedimento

---

<sup>1169</sup> STJCE de 5 de octubre de 2000, *Alemania c. Parlamento y Consejo (Tobacco Advertising I)*, párrafo 83.

<sup>1170</sup> En este sentido, DE WITTE, Bruno; “Non-Market Values in Internal Market Legislation”, *op. cit.*, 2006, p. 76, quien apunta que la utilización de la base jurídica del mercado para otras preocupaciones se ha admitido históricamente, tanto antes como después del Acta Unica Europea y la incorporación de nuevas competencias.

<sup>1171</sup> Así lo establece WEATHERILL, Stephen; “Supply and Demand for Internal Market Regulation: Strategies, Preferences and Interpretation”, en SHUIBHNE, Niam Nic; *Regulating the Internal Market*, *op. cit.*, 2006, p. 53. En sentido similar, las Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro de 1 de octubre de 2009 al asunto *Vodafone (C-58/08)*, en que argumenta que una lectura apropiada del artículo 114 TFUE debería distinguir entre los factores que pueden originar la armonización por la Unión (el riesgo de obstáculos a la libre circulación y competencia) y el alcance y contenido de dicha armonización, que debería poder perseguir objetivos diversos, no limitados a la integración del mercado (párrafo 8).

de la adecuada operatividad del mercado, generando un riesgo probable de aparición de obstáculos por la diversidad existente entre regulaciones.

Ello pone de relieve las dificultades que encuentra la recuperación de los instrumentos reguladores del Estado social a nivel de la Unión, incluso en un ámbito donde ésta tiene mayores competencias, como es la regulación del mercado. La limitación de la posibilidad de regulación armonizada, únicamente a los supuestos en que las legislaciones nacionales obstaculicen el funcionamiento del mercado interior, contribuye al respeto del principio de subsidiariedad, pero implica al mismo tiempo la orientación de los poderes reguladores de la Unión hacia un contenido concreto, que supone la vigilancia de un sistema que garantice adecuadamente la libre actuación en igualdad de los sujetos económicos. Si esta regulación puede incorporar también elementos o preocupaciones no mercantiles, su objeto principal deberá ser, de acuerdo con esta configuración, la facilitación del ejercicio de las actividades económicas privadas.

#### ***b) Las dificultades de técnica reguladora a nivel de la Unión***

Junto a los problemas competenciales que presenta la recuperación de los instrumentos de regulación a nivel de la Unión, se plantea, allí donde efectivamente ésta puede ejercer sus potestades reguladoras, otro tipo de dificultades, ligadas a la determinación del nivel de regulación requerido, y a la técnica de normación apropiada a fin de alcanzar un estándar mínimamente uniforme –aceptable para los operadores económicos–, acomodando al mismo tiempo la diversidad de las regulaciones nacionales. La Unión ha puesto en práctica diversos tipos de armonización, que permiten distintos márgenes de actuación a los Estados, tendiendo hacia una creciente aceptación de instrumentos de mayor flexibilidad, que permiten una adopción más ágil y una mayor posibilidad de adaptación a los poderes nacionales. Se ha optado así por técnicas de armonización no exhaustiva, que mantienen un espacio regulador propio a los ordenamientos nacionales, y por instrumentos de regulación más flexibles (*soft law*), que orientan únicamente la acción de los poderes nacionales.

La tendencia a la flexibilización se refleja, en primer lugar, en la aproximación a la armonización del mercado interior por las instituciones de la Unión, que ha ido evolucionando a lo largo del proceso de integración. Si inicialmente los poderes reguladores estatales intentaron trasladarse con intensidad similar a nivel europeo, optando por una armonización exhaustiva en que las diversas normativas nacionales eran sustituidas por una única normativa

europea –especialmente en materia de bienes-<sup>1172</sup>, este proceso de regulación de estándares europeos se reveló extremadamente costoso, siendo además excesivamente rígido para la incorporación de las innovaciones tecnológicas y científicas que se producían. Esta aproximación inicial se matizó, por ello, a través de dos vías: por un lado, se introdujo la posibilidad de adaptar y reformar las medidas de armonización exhaustiva mediante la comitología; por otro lado, se impulsó a partir del Acta Única Europea la adopción de Directivas horizontales, conteniendo únicamente principios generales.

El procedimiento de la comitología introduce en la armonización exhaustiva una mayor flexibilidad, que permite la adopción de decisiones de forma más rápida, a través de una serie de comités formados por representantes de los Estados miembros que valoran las propuestas de adaptación de las distintas normativas realizadas por la Comisión<sup>1173</sup>. A pesar de la mayor agilidad introducida, no obstante, la armonización exhaustiva ha seguido generando amplias reticencias, en cuanto implica el remplazo total del espacio regulador de los Estados, y supone, a través de la comitología, importantes modulaciones al principio democrático y de responsabilidad de los órganos reguladores: el fortalecimiento de la regulación técnica y administrativa, bajo la apariencia de una mera regulación de riesgos técnicos de salud y seguridad<sup>1174</sup>, implica el alejamiento respecto a la regulación política y los mecanismos de responsabilidad clásicos, generando una tecnocracia europea de legitimidad problemática<sup>1175</sup>.

Un escape similar de la regulación “dura” hacia otros organismos se produce con la nueva aproximación a la armonización a partir del Acta Única Europea, que prioriza la aprobación de Directivas únicamente de principios generales, atribuyendo la fijación de los estándares de seguridad de los productos a organismos especializados<sup>1176</sup>. Este método de

---

<sup>1172</sup> Las Directivas adoptadas con esta aproximación contienen una doble cláusula que agota el espacio regulador de los Estados: una cláusula de libre circulación, que obliga a permitir la importación y comercialización de los bienes que cumplen con los requisitos de la Directiva; y una cláusula de exclusividad, que obliga a prohibir la venta de bienes cuando no cumplan con dichos requisitos.

<sup>1173</sup> Dicha técnica se articula a través de la facultad de delegación que prevé el artículo 290 TFUE, por el que un acto legislativo puede delegar poderes para la compleción o modificación de elementos no esenciales por la Comisión, delimitando de forma expresa el alcance, el contenido y la duración de dicha delegación, lo que se ha realizado a través de la Decisión del Consejo 99/468, de 28 de junio de 1999.

<sup>1174</sup> Véase VOS, Ellen; “EU Committees: the Evolution of Unforeseen Institutional Actors in European Product Regulation”, en JOERGES, Christian; VOS, Ellen (eds.); *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 1999, p. 30 y ss, quien señala que la única forma en que la regulación de estos riesgos por los comités sea legítima es que no se deje sólo a los expertos y tecnócratas.

<sup>1175</sup> JOERGES, Christian; “Bureaucratic Nightmare, Technocratic Regime and the Dream of Good Transnational Governance”, en JOERGES, Christian; VOS, Ellen (eds.); *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, *op. cit.*, 1999, p. 9.

<sup>1176</sup> Se trata del Comité europeo de normalización (CEN), el Comité europeo de normalización electrónica (CENELEC), y el Instituto europeo de estándares de telecomunicación (ETSI).

regulación, en el que la aceptación de los estándares fijados es voluntaria para las distintas empresas –que obtienen a cambio mayores facilidades de circulación–, implica la agilización del proceso político de regulación, dejándose las regulaciones técnicas a los órganos de expertos independientes. No obstante, este procedimiento plantea también problemas, especialmente en cuanto a la falta de transparencia y al riesgo de captura por los intereses de la industria: estos organismos independientes no se hallan sujetos a las obligaciones del Tratado –por ejemplo, obligaciones de motivación–, ni a otros principios de buena Administración, no habiendo sido sometidos tampoco al control del Tribunal de Justicia<sup>1177</sup>.

Las dificultades de la armonización responden no obstante a problemas más profundos, relacionados con la elaboración de una única norma en el ámbito europeo, que pueda sustituir por completo a los distintos modelos y tradiciones de regulación existentes en cada Estado. El recurso creciente a la armonización mínima, por el que la Unión establece únicamente estándares mínimos<sup>1178</sup>, responde a la necesidad de reconciliar la creación de un campo de condiciones de igualdad para la competencia, con la acomodación de la diversidad nacional en las distintas políticas y ámbitos de regulación. La adopción de mayores competencias de la Unión en sectores no estrictamente ligados con el mercado obliga a tener en cuenta en mayor medida la diversidad estatal, si bien ello genera una cierta incertidumbre, no estableciéndose claramente en qué medida puede el Estado oponer sus propias regulaciones adicionales<sup>1179</sup>.

El movimiento de la Unión hacia mecanismos de mayor flexibilidad se produce en su máxima expresión con la adopción del denominado “método abierto de coordinación”, donde las políticas estatales se someten a una actividad de coordinación blanda. Como ya se vio, este método surge inicialmente en relación con la coordinación de las políticas económicas en el marco de la Unión monetaria, y se aplica posteriormente a la Estrategia Europea para el Empleo (1997), extendiéndose luego a otras materias del ámbito social<sup>1180</sup>. Su aplicación difiere en cierta medida en cada sector, pero se basa en un esquema similar en todos los

<sup>1177</sup> Ello podría cambiar no obstante con el Tratado de Lisboa, que introduce la competencia del Tribunal para juzgar de la legalidad de actos de órganos u organismos de la Unión que tengan efectos jurídicos frente a terceros (art. 263.1 TFUE). A favor de potenciar la regulación de estos organismos independientes, de modo similar a las agencias de Estados Unidos, véase MAJONE, Giandomenico; “The European Community Between Social Policy and Social Regulation”, en *Journal of Common Market Studies*, vol. 31, núm. 2, 1993, p. 165.

<sup>1178</sup> STJCE de 12 de noviembre de 1996, *Reino Unido c. Consejo* (C-84/94), párrafo 17.

<sup>1179</sup> Así lo señala DOUGAN, Michael; “Minimum Harmonization and the Internal Market”, *op. cit.*, 2000, p. 864 y ss.

<sup>1180</sup> Véase *supra* apartado Sección I.B.ii. La coordinación tiene una base jurídica explícita en el Tratado en materia de empleo (art. 145 TFUE) y en la política social (art. 153.2.a TFUE), pero no en las demás materias donde se ha aplicado, como la inclusión social, las pensiones, la inmigración, la educación, la cultura, el asilo, la salud, o el medio ambiente, basándose en estos casos únicamente en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa, de 23 de marzo del 2000.

ámbitos: el Consejo adopta una serie de directrices basadas en la valoración de la situación de la materia en el conjunto de la Unión, debiendo los Estados miembros elaborar posteriormente un informe sobre las medidas aplicadas para su consecución, que será sucesivamente examinado por el Consejo y dará lugar a recomendaciones.

Este método implica la opción por una nueva forma de regulación no coercitiva, basada en documentos políticos que contemplan indicadores, estrategias, y prácticas recomendadas, y funcionando a través de la evaluación e intercambio de información con otros Estados miembros y con las instituciones europeas. Ello supone la emergencia de una normatividad flexible que establece a nivel supranacional únicamente ciertos objetivos, pero presenta al mismo tiempo dificultades desde diversos puntos de vista. Por una parte, las recomendaciones surgen de un proceso falto de transparencia, en que no interviene el Parlamento europeo, y que no es evidentemente susceptible de control por el Tribunal de Justicia<sup>1181</sup>. Por otra parte, la Unión ejerce a través de estas orientaciones una reconceptualización activa de los elementos sociales, que los ubica como rasgos inescindibles del proceso de construcción económica, siendo relevantes para el funcionamiento del mercado y debiendo ser incluidos en el ámbito de acción y en las estrategias políticas de la Unión<sup>1182</sup>. Así se refleja en los documentos que definen la orientación política de la Unión, donde se revela la consideración funcional de los elementos sociales respecto a la construcción económica, estableciéndose la modernización del modelo social europeo como parte de la Estrategia de Lisboa (2000) y de la adaptación del sistema económico a las presiones derivadas de la globalización<sup>1183</sup>.

---

<sup>1181</sup> En este sentido, PENNING, Fran; "The Open Method of Coordination in the Area of Social Policy and the Legality Principle", en BESSELINK, Leonard F.M. (ed.); *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2011, p. 162 y ss. Ello se ha considerado parte de una progresiva tendencia hacia la "regulación reflexiva", que debe permitir la deliberación y debate entre los diversos actores y la fijación por esta vía de los objetivos comunes. DE SCHUTTER, Olivier; DEAKIN, Simon; "Introduction: Reflexive Governance and the Dilemmas of Social Regulation", en DE SCHUTTER, Olivier; DEAKIN, Simon (eds.); *Social Rights and Market Forces: Is the Open Coordination of Employment and Social Policies the Future of Social Europe?*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 4-5.

<sup>1182</sup> El Libro Blanco de la Comisión sobre política social (COM(94) 333) ponía énfasis en los valores que sustentan el modelo social europeo, y que "se mantienen juntos por la convicción de que el progreso económico y social deben ir de la mano", destacando el papel de la competitividad y la solidaridad en la construcción europea. Ello se basaba en el anterior Libro Verde sobre política social (COM(93) 551), en el que se había puesto de relieve la necesidad de modernizar y adaptar el sistema de protección social de los Estados, orientándolo hacia la promoción del empleo y la inclusión social a través del trabajo.

<sup>1183</sup> Véanse las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de Marzo de 2000, donde se detalla la vía para la realización de este objetivo, en particular a través de la transición hacia una economía y sociedad basada en el conocimiento, la modernización del modelo social europeo, y el mantenimiento de una economía sana y de perspectivas de crecimiento favorables (párrafo 5). El viraje hacia el Estado social activo, y la denominada "modernización" del modelo social europeo implica poner el énfasis en las políticas de oferta de empleo, buscando la potenciación de las capacidades de los individuos para obtener empleo, a través de la formación y educación y de la creación de mayores y mejores trabajos. La protección social debe orientarse también a la consecución de una mayor ocupación de las personas, haciendo atractivo el

## **B. La influencia sobre los instrumentos administrativos**

Los instrumentos administrativos estatales –la capacidad de iniciar actividades económicas públicas en un régimen de Derecho público, y de sustraer completamente sectores de actividad al ámbito del mercado- quedan afectados por el Derecho de la Unión, en especial por las normas de la competencia, que condicionan y limitan las posibilidades de los poderes nacionales de intervención en la economía. A diferencia de lo que ocurre con los instrumentos reguladores, no existe aquí intento de recuperación alguno a nivel de la Unión, careciendo ésta de los medios y estructuras para la prestación de los servicios y actividades propias del Estado social. Las normas de la competencia no impiden a los poderes públicos la intervención en la economía, pero contienen, en la interpretación del Tribunal, una definición previa del concepto de actividad económica, que se entiende de forma amplia, impidiendo al Estado la definición del régimen de las actividades que él mismo realiza cuando éstas entren dentro de este concepto (apartado i). Asimismo, las facultades de exclusión del régimen de mercado en un determinado sector de actividades quedan estrictamente reducidas (apartado ii), permitiéndose únicamente su aplicación en relación con los servicios de interés económico general, en determinadas circunstancias (apartado iii).

### **i. La determinación previa del ámbito del mercado a través del concepto de actividad económica**

Los instrumentos administrativos implicaban en el nivel estatal, como se vio, la posibilidad de ejercer la iniciativa pública, poniendo en pie actividades económicas de producción de bienes o servicios a través de medios públicos y en un régimen jurídico específico, no necesariamente sujeto a condiciones de igualdad con las empresas privadas –o incluso excluyendo por completo la iniciativa privada-. Los Estados tenían, en este marco, una facultad de decisión sobre la demarcación del ámbito público y el ámbito privado, estableciendo, para aquellos sectores o servicios considerados esenciales, condiciones de prestación y provisión distintas que permitían al individuo una cierta seguridad.

Dicha concepción se transforma con la aplicación de las normas de la competencia europeas, que exigen, por el contrario, la igualdad del régimen jurídico de las empresas públicas y privadas como regla general, sujetando a todas las entidades que actúan en el mercado a unas mismas condiciones de competencia, e impidiendo por tanto la atribución de ventajas jurídicas o fiscales a las actuaciones de los entes públicos. La aplicación de estas

---

trabajo, y adaptándose para garantizar su sostenibilidad a largo plazo ante el envejecimiento de la población (Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de Marzo de 2000, párrafos 24 a 34).

normas se produce, de acuerdo con el artículo 106.1 TFUE, en todos los casos en que exista una empresa, independientemente de su forma o régimen a nivel interno, lo que impide a los Estados aplicar un régimen jurídico distinto a sus actividades –salvo aquéllas que puedan subsumirse en la excepción del artículo 106.2 TFUE-. La definición del ámbito económico por el Derecho de la Unión, realizada como se verá de forma muy amplia, supone una opción previamente establecida sobre la delimitación entre el espacio público y privado, que tiende a subsumir en el ámbito del mercado toda actividad que pueda ser realizada en un régimen privado: los Estados pierden la facultad de definir el ámbito económico atendiendo a criterios políticos o sociales, imponiéndose su régimen *a priori* a todas las actividades que cumplan ciertas características establecidas. Ello afecta también, como se verá, a las actuaciones sociales del Estado, que aunque puedan ser en ciertos casos consideradas como actividades no económicas, pueden quedar también sujetas a las normas de la competencia, debiendo entonces valorarse la procedencia de la excepción del artículo 106.2 TFUE.

El concepto de “empresa” de las normas de la competencia ha sido definido de forma amplia por el Tribunal, adoptando una noción funcional que le sirve precisamente a esquivar las categorías estatales y sus implicaciones. En la sentencia *Höfner*, consideró que el concepto de empresa comprende “cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”<sup>1184</sup>; y la actividad económica, por su parte, se ha definido como cualquier actividad de ofrecimiento de bienes y servicios en el mercado, siempre que sea susceptible de generar beneficios, e independientemente de su realización con ánimo de lucro<sup>1185</sup>. Las normas de la competencia se aplican así, no en función de la naturaleza del órgano o entidad, sino en función del tipo de actividad ejercida<sup>1186</sup>, lo que permite su penetración en todos los ámbitos independientemente de la cualificación que reciban en los ordenamientos nacionales.

<sup>1184</sup> STJCE de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser c. Macrotron GmbH* (C-41/90), párrafo 21.

<sup>1185</sup> STJCE de 16 de junio de 1987, *Comisión c. Italia* (C-118/85), párrafo 7.

<sup>1186</sup> En este sentido, las Conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas el 22 de mayo de 2003 en el asunto *AOK-Bundesverband y otros* (C-264/01, 306/01, 354/01, 354/01, y 355/01), párrafo 25. Asimismo, la STJCE de 16 de junio de 1987, *Comisión c. Italia* (C-118/85), estableciendo que el hecho de que un órgano tenga o no, bajo el Derecho nacional, personalidad jurídica separada de la del Estado es irrelevante para determinar si se trata de una empresa. Ello implica que un sujeto determinado puede ser considerado en unos casos como empresa, mientras que en otros no lo sea, y que una entidad que realice múltiples actividades esté sujeta a distintos regímenes jurídicos, si éstas tienen características opuestas. Véase ODUDU, Okeoghene; “The Meaning of an Undertaking within 81 EC”, en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 7, 2005, p. 212 y ss, quien destaca que esta definición funcional había planteado inicialmente problemas, si bien hoy se halla ampliamente aceptada.

No se consideran, en cambio, actividades económicas aquéllas que, por su naturaleza, no sean susceptibles de ser ejercidas en régimen de mercado. Se excluyen así las actividades que no suponen la oferta de bienes o servicios en el mercado –porque tienen otra cualificación o porque suponen únicamente el consumo de bienes<sup>1187</sup>–, así como las actividades que forman parte de las funciones esenciales del Estado –las actividades regalianas–, por ejemplo, el control del tráfico aéreo<sup>1188</sup>, o la supervisión medioambiental del fondo marino<sup>1189</sup>.

Mayores problemas presentan las actividades sociales, en que el Estado asume la realización de determinadas prestaciones o servicios en razón de su especial relevancia. Si estas funciones pueden considerarse igualmente “actividades esenciales del Estado”, el Tribunal no ha seguido esta lógica para descartar su naturaleza económica, sino que, asumiendo la existencia de una oferta de bienes y servicios en el mercado –que se produce en estos casos por un órgano público–, ha analizado la posibilidad de obtener beneficios a través de ellas, considerando si éstas pueden ser atribuidas a la iniciativa privada. Se ha considerado, así, que la existencia de una actividad económica a efectos del Derecho de la competencia sólo puede excluirse en aquellos supuestos en que la obtención de beneficios no resulta automáticamente de la concurrencia de actores privados en el mercado: ello se identifica, según la jurisprudencia, con las actividades que responden completamente a criterios de solidaridad o redistribución, teniendo los órganos involucrados una exclusiva función social, que el Tribunal determina a partir de las características de su configuración.

La definición de estos rasgos propios de las actividades de solidaridad ha ido evolucionando en la jurisprudencia, construyendo un conjunto de indicios por los que se determina su naturaleza y su consiguiente relación con las normas de la competencia. En la sentencia *Poucet y Pistre*, se estableció, en relación con los organismos encargados de la gestión de un régimen de seguro de enfermedad y maternidad, que su actividad no tenía naturaleza económica, en base a distintos criterios: el régimen establecía una protección obligatoria, que garantizaba a todas las personas la cobertura contra determinados riesgos con

---

<sup>1187</sup> Véase la STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany* (C-67/96), donde los trabajadores, a pesar de ofrecer servicios a cambio de una remuneración, no se consideran empresas en el sentido del Tratado. Por otra parte, el sistema de salud español no fue considerado una actividad económica, puesto que su actuación de adquisición de ciertos bienes y servicios no implicaba posteriormente su subsiguiente oferta en un mercado (STJCE de 4 de marzo de 2003, *FENIN*, T-319/99).

<sup>1188</sup> STJCE de 19 de enero de 1994, *Eurocontrol* (C-364/92), donde se considera que una organización internacional, encargada de la actividad de planificación, coordinación y formación de personal en navegación aérea, no constituye una empresa al no realizar una actividad económica.

<sup>1189</sup> STJCE de 18 de marzo de 1997, *Diego Cali* (C-343/95), donde se estimó que los servicios preventivos de anticontaminación prEstados en un puerto petrolero forman parte de las funciones esenciales del Estado en materia de protección del medio ambiente en el dominio marítimo (párrafo 22).

independencia de su situación económica y de su estado de salud en el momento de afiliación; era financiado por cotizaciones proporcionales a los ingresos –con redistribución entre los afiliados más ricos y los más desfavorecidos-; las prestaciones no eran proporcionales a los niveles de cotización –no se producía capitalización-; la financiación de los regímenes deficitarios se equilibraba con los regímenes excedentarios; y el nivel de contribuciones y de prestación venía fijado por ley, de forma que no era controlado por las entidades de gestión<sup>1190</sup>.

Los mismos criterios se aplican en las sentencias *Albany*<sup>1191</sup>, *Brentjens*<sup>1192</sup>, y *Drijvende Bokken*<sup>1193</sup>, relativas a determinados fondos de pensión neerlandeses encargados en exclusiva de la gestión de un régimen de pensiones complementarias. El Tribunal consideró, en estos casos, que la gestión de este régimen de pensiones constituía una actividad económica, por cuanto el fondo sectorial determinaba por sí mismo el importe de las cotizaciones y las prestaciones, y funcionaba según el principio de capitalización, dependiendo las prestaciones de los resultados financieros de sus inversiones y compitiendo con los fondos de seguro privados<sup>1194</sup>. Las sentencias también estimaron, como se verá, que la atribución de derechos exclusivos a estos fondos podía quedar justificada por la necesidad de cumplir una misión de interés general (art. 106.2 TFUE), pero establecieron que dicha misión, a pesar de tener una función social, no escapaba a su carácter de actividad económica<sup>1195</sup>.

El criterio de la solidaridad tiene una menor relevancia en relación con servicios no ligados a regímenes de seguro, donde se ha valorado simplemente si la actividad podía ser ejercida en régimen de mercado. En la sentencia *Höfner*, ya citada, los servicios de ocupación de Alemania, gestionados en monopolio por el Instituto Federal de Empleo, fueron considerados como empresas a los efectos del Derecho de la competencia, en la medida en

---

<sup>1190</sup> STJCE de 17 de febrero de 1993, *Poucet y Pistre* (C-159/91 y 160/91), párrafos 7 a 15. En un sentido contrario, la STJCE de 16 de noviembre de 1995, *Fédération française des sociétés d'assurances* (C-244/94), declaró en relación con un régimen complementario de seguro de vejez en favor de los agricultores que se trataba de una actividad económica, en la medida en que la afiliación era facultativa, se aplicaba el principio de capitalización y las prestaciones estaban ligadas a la cuantía de las cotizaciones y a los resultados financieros de las inversiones del órgano asegurador.

<sup>1191</sup> STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany* (C-67/96).

<sup>1192</sup> STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Brentjens' Handelsonderneming BV* (C-115 a 117/97).

<sup>1193</sup> STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Drijvende Bokken* (C-219/97).

<sup>1194</sup> STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany* (C-67/96), párrafo 81 a 83. El Tribunal consideró que la falta de ánimo de lucro y los elementos de solidaridad no bastaban para privar al fondo de su carácter de empresa.

<sup>1195</sup> En casos intermedios, en que la presencia de elementos de solidaridad coexiste con elementos de competencia, el Tribunal ha valorado el elemento predominante en los mismos. Véase la STJCE de 16 de marzo de 2004, *AOK Bundesverband* (C-264/01, 306/01, 354/01 y 355/01).

que las actividades de colocación que realizaban tenían rasgos de carácter económico, y que “no siempre han sido ni son ejercidas necesariamente por entes públicos”<sup>1196</sup>. La misma aproximación se percibe en la Decisión de la Comisión de 3 de julio de 2001, donde la Comisión, en relación con una actividad de oferta de vivienda social realizada por los municipios en Irlanda, consideró que éstos actúan en concurrencia con otras empresas privadas de vivienda, por lo que debían ser considerados empresas<sup>1197</sup>.

La cuestión se ha planteado también en el ámbito de los servicios de salud, si bien se presenta aquí con características más complejas. Como ya se vio, estos servicios se consideran sometidos al ámbito de las libertades de circulación, pero ello no implica necesariamente su sujeción a las normas de la competencia<sup>1198</sup>. El Tribunal ha considerado, en la sentencia *Pavlov y otros*, que los médicos especialistas del sistema de salud neerlandés ejercen una actividad económica, ofreciendo servicios en el mercado como agentes independientes y debiendo ser considerados como empresas<sup>1199</sup>. Más allá de ello, no obstante, los servicios de salud prestados por el Estado han sido objeto de consideraciones diversas según su forma de organización: por un lado, la naturaleza de los sistemas organizados entorno a un régimen de seguro depende de los mismos criterios aplicados por el Tribunal a los sistemas de seguridad social, en función de las características de las contribuciones, su relación con las prestaciones, y el control de las entidades gestoras sobre el nivel de precios y prestaciones acordado<sup>1200</sup>; por otro lado, los sistemas nacionales de salud, prestados directamente por órganos públicos y financiados a través del sistema impositivo, parecen escapar al concepto de actividad económica –el nivel de prestaciones y su financiación viene determinado por ley-, pero no pueden excluirse del mismo si existen elementos de competencia entre ellos, o si éstos realizan actividades suplementarias en forma comercial<sup>1201</sup>.

<sup>1196</sup> STJCE de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser c. Macrotron GmbH* (C-41/90), párrafo 22.

<sup>1197</sup> Decisión de la Comisión de 3 de julio de 2001, caso Ayudas de Estado N 209/2001- Ireland, SG (2001) D/289528, *Guarantee for borrowings of the Housing Finance Agency*.

<sup>1198</sup> La aplicación de las libertades de circulación puede darse siempre que exista una prestación de servicio a cambio de remuneración, siendo capaces de abrir los sistemas sociales nacionales. Las normas de la competencia exigen la presencia de un mercado y pueden ser excluidas por el elemento de solidaridad, teniendo por tanto una menor capacidad de ruptura de los límites de los sistemas estatales. Véase VAN DE GRONDEN, Johan W.; “Social Services of General Interest and EU Law”, *op. cit.*, 2011, p. 138.

<sup>1199</sup> Véanse la STJCE de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov y otros* (C-180 a 184/98), párrafo 82.

<sup>1200</sup> Así se ha afirmado en las ya citadas SSTJCE de 17 de febrero de 1993, *Poucet y Pistre* (C-159/91 y 160/91); o de 16 de marzo de 2004, *AOK Bundesverband* (C-264/01, 306/01, 354/01 y 355/01).

<sup>1201</sup> Así lo consideró el Tribunal de Primera Instancia de 4 de marzo de 2003, *FENIN* (T-319/99), donde las entidades gestoras del sistema de salud español no se consideraron empresas, en la medida en que su actividad “se rige por el principio de solidaridad tanto a la hora de obtener financiación, mediante cotizaciones sociales y otras contribuciones estatales, como a la hora de prestar gratuitamente servicios a sus afiliados sobre la base de

El criterio en la jurisprudencia del Tribunal parece ser, en relación con las actividades sociales, la disociación entre la capacidad de generar beneficios y el principio de solidaridad, que no permite, cuando la actividad se halla configurada conforme al mismo, la obtención de un lucro a los operadores privados sin ningún tipo de intervención estatal en el mercado. Pero si esta presunción opera en los casos de regímenes de seguro obligatorios, la misma no se aplica respecto a los servicios prestados directamente por el Estado, que cumplen de forma automática estos requisitos de redistribución –se ofrecen de forma gratuita, financiados a través de impuestos–, pero en que el Tribunal exige además otra condición, a saber, que la actividad no se haya realizado siempre, ni deba realizarse necesariamente, por entes públicos.

El Tribunal emplea así un concepto de actividad económica que expande ilimitadamente el ámbito del mercado –casi todas las actividades pueden ser objeto de prestación por actores privados–, no impidiendo la intervención del Estado, pero sí reduciendo su facultad de establecer un régimen específico para su actividad, únicamente a los ámbitos donde el régimen de mercado no permita satisfacer las necesidades –donde se produzcan “fallos del mercado”<sup>1202</sup>. La consideración de una actividad como económica lleva aparejada, como regla general, la aplicación del régimen de la competencia –la prohibición de acuerdos, de abuso de posición dominante, y de ayudas de Estado–, lo que implica sustraer a los poderes nacionales la decisión política sobre las condiciones en que ejercen estas actividades. La sujeción a las normas de la competencia puede exceptuarse, como se verá, en relación con los servicios de interés económico general (art. 106.2 TFUE), pero éstos serán considerados como excepciones a la regla general, quedando absorbidos dentro del concepto de actividad económica. La definición de este concepto parece esconder, al mismo tiempo, una preconcepción del Tribunal acerca de cuáles son las actividades que deben ser prestadas por el Estado: la admisión sólo en las funciones regalianas y en la educación básica de su carácter de “función esencial” del Estado muestra una decisión en realidad de carácter político, no encontrándose la misma consideración en otros ámbitos, si bien éstos pueden también formar parte de las responsabilidades del Estado según los ordenamientos nacionales.

---

una cobertura universal”, pero cuya realización de otros servicios remunerados podría haber dado lugar a una cualificación distinta. En este sentido, VAN DE GRONDEN, Johan W.; “The Treaty Provisions on Competition and Health Care”, en VAN DE GRONDEN, Johan W.; *et aliter* (eds.); *Health Care and EU Law*, Asser Press, The Netherlands, 2011, p. 273.

<sup>1202</sup> En este sentido, SAUTER, Wolf; SHAPEL, Harm; *State and Market in European Union Law. The Public and Private Spheres of the Internal Market Before the EU Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 82, quienes describen este criterio como un principio de “competencia hipotética”, que puede atrapar a casi cualquier actividad imaginable.

## ii. La reducción de la facultad estatal de excluir sectores de actividad respecto al régimen de mercado

La presencia de una actividad considerada como económica por el Derecho de la Unión supone la aplicación de las prohibiciones contenidas en los artículos 101 a 109 TFUE, con la consiguiente obligación de respetar un régimen jurídico que no puede configurarse en forma a vulnerar las oportunidades competenciales de los sujetos económicos privados. Ello supone, además de suprimir la capacidad estatal de decidir el régimen jurídico aplicable a las actividades económicas que ejerce en concurrencia con otros particulares, la reducción de su facultad de asumir sectores enteros de actividad bajo su titularidad, excluyendo la iniciativa privada y atribuyendo a sus empresas derechos exclusivos o especiales. Si el Tratado parecía admitir inicialmente la existencia de empresas públicas monopolísticas, estableciendo únicamente que no debían incurrir en abuso de posición dominante (art. 106.1 TFUE), posteriormente la interpretación del Tribunal ha ido ampliando la noción de abuso, hasta considerar que la mera atribución del derecho exclusivo conduce a la vulneración del Tratado.

De acuerdo con el artículo 106.1 TFUE, el Estado no puede, respecto a las empresas públicas o que tengan derechos exclusivos, adoptar ni mantener medidas contrarias a las normas del Tratado, en especial al principio de no discriminación (art. 18 TFUE) y a las normas de la competencia (arts. 101 a 109 TFUE). A los efectos de este artículo, se consideran empresas públicas aquéllas “sobre las que las autoridades públicas pueden ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en virtud de su propiedad, su participación financiera en ellas o las reglas que las gobiernan”<sup>1203</sup>. Los “derechos exclusivos” se definen como la atribución de una actividad económica en monopolio excluyendo otros competidores<sup>1204</sup>, y los “derechos especiales” vienen constituidos por la atribución de una actividad a un número limitado de empresas, elegidas de forma discrecional<sup>1205</sup>.

<sup>1203</sup> STJCE de 16 de junio de 1987, *Comisión c. Italia (Directiva transparencia)*, (C-118/85), confirmando la definición de la Directiva 80/273 de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas.

<sup>1204</sup> Véase por ejemplo la STJCE de 30 de abril de 1974, *Sacchi* (C-155/73).

<sup>1205</sup> La definición de los derechos especiales se ha producido en una jurisprudencia en relación con el campo de las telecomunicaciones, donde varias Directivas de la Comisión que definían estos derechos fueron anuladas por el Tribunal, por establecerse una definición demasiado amplia. La Directiva de la Comisión 94/46/CE, de 13 de octubre de 1994, en relación con las telecomunicaciones por satélite, define los derechos especiales como “derechos concedidos por los Estados miembros a un número limitado de empresas por medio de un instrumento legal, reglamentario o administrativo que, en un zona geográfica determinada, limita a dos o más el número de tales empresas con arreglo a criterios que no son objetivos, proporcionales y no discriminatorios; o designa, con arreglo a otros criterios, a varias empresas que compiten entre sí; o confiere a una empresa o empresas, con arreglo a otros criterios, ventajas legales o reglamentarias que dificultan gravemente la capacidad de otra empresa de emprender alguna de las actividades mencionadas en la misma zona geográfica y en unas condiciones básicamente similares” (párrafo 6 Preámbulo).

La aplicación de las normas de la competencia a estas empresas tiene relevancia en cuanto sus derechos exclusivos o especiales no pueden situarlas en una situación de abuso de posición dominante (art. 101 TFUE). La interpretación de lo que constituye el abuso de posición dominante ha ido evolucionando en la jurisprudencia, moviéndose desde una presunción de legitimidad de los monopolios y derechos especiales a una posición de menor tolerancia. La posición inicial del Tribunal se refleja en la sentencia *Sacchi*, donde el Tribunal consideró que el artículo 106.1 TFUE permite la concesión por los Estados miembros de derechos especiales o exclusivos, y que “nada se opone en el Tratado a que los Estados miembros, en virtud de consideraciones de interés público, de naturaleza no económica, sustraigan del juego de la competencia las emisiones de radiotelevisión (...) otorgando a una o varias entidades el derecho exclusivo para ello”<sup>1206</sup>.

Ello supone, inicialmente, la construcción de una presunción de legitimidad para la atribución de derechos exclusivos, que se entendía como producto del interés general del Estado, y se consideraba conducente a una exención natural a las normas de la competencia. En la medida en que el Estado configuraba un determinado espacio como monopolio, excluyendo el juego de la competencia, los propios requisitos del orden concurrencial no eran aplicables al mismo, no tratándose de una actividad realizada en condiciones económicas y presumiéndose la legitimidad del comportamiento empresarial en este ámbito –salvo identificación de circunstancias particulares de abuso-<sup>1207</sup>. El control de las instituciones comunitarias quedaba, así, reducido a una fiscalización de baja intensidad, concentrada únicamente en los indicios de abuso que pudiera cometer la empresa en cuestión: la propia situación de monopolio no se consideraba en sí misma una situación de abuso, debiendo hallarse otros elementos en la conducta de la empresa que condujeran a su producción.

La aproximación del Tribunal se modifica posteriormente, a través de una serie de sentencias en que la propia atribución de un monopolio o de derechos especiales se considera conducente de forma automática a un abuso de posición dominante. En la sentencia *Höfner*, ya citada, el Tribunal consideró que “sería incompatible con las normas del Tratado toda medida de un Estado miembro (...) que creara una situación en la que una oficina pública de empleo tuviera que infringir necesariamente los términos del artículo 86 [101 TFUE]”<sup>1208</sup>.

---

<sup>1206</sup> STJCE de 30 de abril de 1974, *Sacchi* (C-155/73), párrafo 14, en relación con una normativa italiana que atribuía a una única compañía derechos exclusivos para realizar emisiones televisivas.

<sup>1207</sup> En este sentido, GIUBBONI, Stefano; *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution: A Labour Law Perspective*, op. cit., 2006, p. 187 y ss.

<sup>1208</sup> STJCE de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser c. Macrotron GmbH* (C-41/90), párrafo 27.

Manteniendo la afirmación formal de que la atribución de un monopolio no es en sí misma contraria al Tratado, el Tribunal examinó si la empresa, por el mero ejercicio del derecho exclusivo conferido, explotaba su posición dominante de modo abusivo, considerando que tal era la situación producida puesto que la empresa a la que se atribuía el monopolio no era capaz de satisfacer la demanda total del mercado<sup>1209</sup>.

Un razonamiento similar se produce en la sentencia *ERT*, donde el Tribunal afirmó que nada en el Tratado se opone a la creación de un monopolio, pero que su explotación no puede darse de forma abusiva, lo que se produce cuando estos derechos puedan crear una situación en la cual dicha empresa “se vea llevada a infringir el artículo 86 [101 TFUE] por una política de emisión discriminatoria en favor de sus propios programas”<sup>1210</sup>. El Tribunal sigue afirmando por tanto la presunción de legalidad de los monopolios, pero invierte en la práctica su sentido, considerando, en virtud del principio de cooperación leal de los Estados, que éstos no pueden infringir las normas de competencia del Tratado, y que la atribución de estos derechos constituye una infracción automática de estas normas, cuando coloca a las empresas estatales en una situación en que el mero ejercicio de sus derechos exclusivos las conduce de forma inevitable a abusar de su posición<sup>1211</sup>.

La reducción de la tolerancia hacia los monopolios y derechos especiales en la jurisprudencia implica también la sujeción de estas empresas a las normas de la competencia en relación con su financiación, debiendo ésta someterse a los criterios que determina el Tratado. Como ya se vio, el artículo 107 TFUE establece los elementos que deben cumplir las ayudas otorgadas por los Estados a las empresas –en esencia, ser generales y no discriminatorias para no distorsionar la competencia-, que serán aplicables también a las empresas beneficiarias de derechos exclusivos o especiales si no caen bajo la excepción del artículo 106.2 TFUE. La definición del concepto de ayuda, en base a los criterios del artículo 107.1 TFUE, ha sido desarrollada en la jurisprudencia: el Tribunal ha considerado como ayuda toda intervención de un Estado, con cargo a sus recursos, que suponga la atribución de una ventaja a su beneficiario, favoreciendo a ciertas empresas o producciones (selectividad), y

---

<sup>1209</sup> *Ibidem*, párrafos 29 a 31.

<sup>1210</sup> STJCE de 18 de junio de 1991, *ERT* (C-260/89), párrafos 35 a 37. En sentido similar, las SSTJCE de 10 de diciembre de 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova* (C-179/90); y de 13 de diciembre de 1991, *Régie des Télégraphies* (C-18/88).

<sup>1211</sup> Ello se produce especialmente cuando la empresa obtiene un derecho que le permite extender su monopolio a mercados colindantes, cuando puede establecer precios excesivos, o rechazar ciertos sectores de oferta. Véase JONES, Alison; SUFRIN, Brenda; *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, OUP, Oxford, 2004, p. 566.

que sea susceptible de afectar a los intercambios entre Estados miembros, falseando o amenazando con falsear la competencia en el mercado<sup>1212</sup>.

La interpretación de la noción de ayuda ha sido extraordinariamente amplia, adoptando el Tribunal y la Comisión una visión extensa de los criterios mencionados, que permiten situar bajo su control un gran número de actuaciones estatales. Se ha establecido, así, que la intervención del Estado puede adquirir diversas formas, considerándose ayuda todas las medidas que mitigan las cargas normalmente incluidas en el presupuesto de una empresa<sup>1213</sup>, e incluyendo su imputación a cualquier organismo público, semi-público o incluso privado que disponga de recursos públicos, siempre que su actuación haya efectivamente dado lugar a la ayuda en cuestión<sup>1214</sup>. La ayuda requiere que se produzca una inversión o transferencia de recursos, no considerándose como tales las meras regulaciones que produzcan situaciones ventajosas<sup>1215</sup>, pero la valoración de esta ventaja de acuerdo con el criterio del inversor privado, así como la comprensión extensiva del criterio de selectividad, permiten a las instituciones un control incisivo sobre la financiación de empresas por los Estados<sup>1216</sup>.

La aplicación de estos criterios a las empresas públicas o beneficiarias de derechos exclusivos supone para los Estados una firme limitación de sus posibilidades de financiarlas, en especial por la aplicación del criterio del “operador privado en una economía de mercado”, que exige no destinar a estas empresas recursos que un operador privado no invertiría en ellas. La construcción por la Comisión de un test con múltiples indicios para determinar el cumplimiento de este requisito –valorando la existencia de una inversión simultánea de actores privados, la situación financiera de la empresa, la situación del sector, o la remuneración recibida por el Estado y su comparación con la rentabilidad que se exigiría a un operador privado-<sup>1217</sup>, supone un control dirigido a verificar si la ayuda otorgada por el Estado

<sup>1212</sup> STJCE de 15 de junio de 2006, *Air Liquide Industries Belgium* (C-393/04), párrafo 28.

<sup>1213</sup> STJCE de 1 de diciembre de 1998, *Ecotrade* (C-200/97), párrafo 34.

<sup>1214</sup> STJCE de 17 de marzo de 1993, *Sloman Neptun* (C-72 y 73/91); STJCE de 16 de mayo de 2002, *Stardust Marine* (C-482/99).

<sup>1215</sup> STJCE de 13 de marzo de 2001, *Preussen-Elektra* (C-379/98).

<sup>1216</sup> En atención al criterio de selectividad, sólo se admiten las medidas que afecten de forma general a todas las empresas de un Estado, o una región del mismo si ésta tiene suficiente autonomía institucional, procesal y económica en relación con el poder central. Las ayudas generales, en la medida en que son estatales o regionales, crean también desigualdades, pero la Comisión no tiene competencia para prohibirlas a través de este procedimiento, siendo objeto de coordinación de la política económica de los Estados. Véase DE BEYS, Julien; *Droit européen des aides d'État et intérêt général*, Université Catholique de Louvain, tesis, 2008, p. 15.

<sup>1217</sup> Existen múltiples criterios para evaluar dicha situación, por ejemplo, la existencia de una inversión simultánea de actores privados, el hecho de que la empresa se halle en una situación complicada pasajera, la situación del sector, o la remuneración recibida por el Estado a cambio de la inversión y su comparación con los criterios de rentabilidad que se exigirían a un operador privado. Véase SMITS, Catherine; “La notion d'avantage

vulnera la igualdad de condiciones entre empresas públicas y privadas, obteniendo las primeras condiciones que los propietarios privados no podrían conceder a las suyas. Ello implica, para los Estados, la adopción de un estándar de comportamiento equivalente al de los actores privados, perdiendo autonomía en el uso de sus fondos, y aunque podrá exceptuarse en el caso de los servicios de interés económico general, implica la reducción de la capacidad de desmercantilización de ciertos sectores a través de la financiación pública de su coste. Las normas de la competencia suponen, así, la supresión de la facultad estatal de sustraer al mercado un sector entero de actividad atribuyéndolo al sector público, impidiendo asimismo su financiación si ésta no sigue criterios de igualdad respecto a los operadores privados.

### **iii. La facultad de exceptuar las normas de la competencia en relación con los servicios de interés económico general**

La sujeción de las actividades económicas estatales a las normas de la competencia tiene su única excepción en el artículo 106.2 TFUE, en relación con las empresas encargadas de la gestión de “servicios de interés económico general”. Éstas se someten como regla general a las normas de la competencia, pero ello se condiciona a que la aplicación del régimen de mercado “no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada” (art. 106.2 TFUE). La interpretación de esta excepción depende, por tanto, del concepto de “servicios de interés económico general” y de la valoración de su compatibilidad con las normas de la competencia, lo que ha sido objeto de una interpretación estricta por el Tribunal (apartado a). Esta excepción supone la aplicación de un régimen jurídico específico, tanto en lo que se refiere a su organización administrativa, como a su financiación y a las reglas que rigen la contratación pública (apartado b).

#### ***a) Las condiciones de aplicación del artículo 106.2 TFUE***

La aplicación del artículo 106.2 TFUE, como excepción a la regla general de sujeción a las normas de la competencia, ha sido objeto de amplias controversias en la comunidad jurídica, especialmente a partir de la interpretación progresivamente más restrictiva de las posibilidades nacionales de atribución de derechos exclusivos. La extensión de las normas de la competencia también a las situaciones de monopolio y a las empresas públicas ha supuesto el desplazamiento del debate hacia la posible justificación de dichas situaciones, adquiriendo el artículo 106.2 TFUE una relevancia renovada. Esta excepción no supone, no obstante, la

---

et le critère de ‘l’opérateur en économie de marché’”, en DONY, Marianne; SMITS, Catherine; *Aides d’État*, Bruxelles, Éditions de l’Université de Bruxelles, 2005, p. 55.

apertura de un ámbito incontrolado en que los Estados puedan libremente aplicar un régimen distinto a todas sus actividades: su aplicación viene determinada por un concepto de “servicios de interés económico general” poco claro, por la necesidad de un acto explícito de encargo de una misión de interés general, y por la valoración de la compatibilidad de su misión con las reglas de la competencia.

El concepto de servicio de interés económico general constituye una noción autónoma del Derecho comunitario, que no se halla definida en el Tratado y que se adopta, precisamente, para evitar las dificultades que genera la incorporación a nivel europeo de nociones de los ordenamientos nacionales<sup>1218</sup>. Dicho término aparece, actualmente, en diversos preceptos de Derecho primario además del artículo 106.2 TFUE: en primer lugar, los servicios de interés económico general son objeto de una disposición general, estableciéndose entre los valores comunes de la Unión, y atribuyéndose a la Unión y a los Estados la obligación de “velar por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido” (art. 14 TFUE); en segundo lugar, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión contiene un derecho de acceso a los servicios de interés económico general (art. 36)<sup>1219</sup>; por último, se añade al Tratado de Lisboa un Protocolo relativo a los “servicios de interés general”, en que se enfatiza su importancia y se contienen diversas disposiciones interpretativas del artículo 14 TFUE<sup>1220</sup>.

La definición de los servicios de interés económico general se ha producido a través de la jurisprudencia relativa a la aplicación de las normas de la competencia, en estrecha conexión con las consideraciones referentes a la noción de actividad económica. El Tribunal no ha adoptado, no obstante, una definición normativa de este tipo de servicios, aceptando en la mayor parte de casos la definición de los mismos realizada por los Estados, y valorando únicamente el cumplimiento por la actividad de las demás condiciones del artículo 106.2

---

<sup>1218</sup> Se ha observado no obstante que la expresión “servicios de interés económico general” es inexacta, puesto que no es el interés lo que es económico (se trata de un interés público en la prestación del servicio) sino el propio servicio. Véase NEERGAARD, Ulla; “Services of General Economic Interest: The Nature of the Beast”, en KRAJEWSKI, Markus; NEERGAARD, Ulla; VAN DE GRONDEN, Johan (eds.); *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, Asser Press, The Netherlands, 2009, p. 23.

<sup>1219</sup> Las explicaciones a dicho artículo precisan no obstante que éste se atiene al artículo 14 TFUE y no crea nuevos derechos.

<sup>1220</sup> Véase el Protocolo nº 26 al Tratado de Lisboa sobre los servicios de interés general, que clarifica los valores comunes de la Unión respecto a los servicios de interés económico general, poniendo énfasis en el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales para prestarlos y organizarlos (art. 1). Se establece asimismo que el Tratado no afectará la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar, y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico (art. 2).

TFUE<sup>1221</sup>. En todo caso, no obstante, debe tenerse en cuenta que se trata siempre de actividades cuyo carácter económico se halla reconocido: las actividades no económicas quedan como se ha visto fuera del ámbito de la competencia, por lo que los servicios de interés económico general deben entenderse como sectores que, pudiendo en principio funcionar a través del régimen de mercado, quieren excluirse del mismo por los Estados en razón del especial interés que presentan.

La definición de estos servicios ha sido objeto de diversos documentos elaborados por la Comisión, en un proceso de sucesivas consultas y de reflexión a escala europea, en que se ha intentado dotar de un contenido firme a ciertas nociones colindantes y a menudo confundidas. Los servicios de interés económico general han sido definidos, ya desde un momento inicial, como los “servicios de mercado que los Estados miembros sujetan a obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general”<sup>1222</sup>, lo que engloba a aquellas actividades cuya prestación, por considerarse imprescindible incluso cuando el mercado no tiene suficientes incentivos para realizarlas, puede ser impuesta como “obligación de servicio de interés general” a determinadas empresas, e implicar, aunque no necesariamente, derechos especiales o exclusivos o mecanismos de financiación específicos<sup>1223</sup>. La definición de cuáles sean estos servicios corresponde a cada uno de los Estados, si bien el Derecho de la Unión determina su régimen jurídico y los límites de este concepto: el Tribunal controla el poder discrecional de los Estados en este ámbito, por un lado, en función del grado de armonización existente en el sector –las Directivas pueden contener definiciones propias para un ámbito concreto-, y por otro, en relación con los errores de carácter manifiesto, concediendo un margen de apreciación importante a los Estados<sup>1224</sup>.

---

<sup>1221</sup> Se han considerado como servicios de interés económico general, por ejemplo, la administración de grandes vías fluviales (STJCE de 14 de julio de 1971, *Müller*, C-10/71), la operación de vías aéreas no rentables (STJCE de 11 de abril de 1989, *Ahmed Saeed*, C-66/86), la operación de la red de oferta eléctrica (STJCE de 27 de abril de 1994, *Almelo*, C-393/92), la operación de servicios básicos postales (STJCE de 19 de mayo de 1993, *Corbeau*, C-320/91), los servicios portuarios de amarradero (STJCE de 18 de junio de 1998, *Corsica Ferries*, C-266/96), el tratamiento de residuos (STJCE de 25 de junio de 1998, *Dusseldorp*, C-203/96), los fondos de pensiones suplementarias (STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96), la realización de obligaciones derivadas de la Convención postal universal (STJCE de 10 de febrero de 2000, *Deutsche Post*, C-147 y 148/97), y los servicios de ambulancias de urgencias (STJCE de 25 de octubre de 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99).

<sup>1222</sup> Comunicación de la Comisión “Services of General Interest in Europe”, de 11 de septiembre de 1996, COM(96) 443 final. Se incluyen habitualmente en este concepto las redes de transporte, energía y telecomunicaciones.

<sup>1223</sup> Véase la Comunicación de la Comisión “Services of General Interest in Europe”, de 19 de enero de 2001, COM(2000) 580 (2001/C 17/04), (párrafo 14). Sin embargo, éste se considera un concepto dinámico, que puede tener variaciones según la evolución de las tecnologías y de los avances en las actividades que pueden darse por el mercado, de forma que la Comisión no es favorable a identificar una lista concreta de servicios de este tipo.

<sup>1224</sup> Véase no obstante la STJCE de 21 de marzo de 1974, *BRT II* (C-127/73), donde se establece que el interés que reviste el servicio debe ser efectivamente general, no considerándose como tales los servicios ofrecidos sólo

Junto al concepto de servicios de interés económico general, la Comisión hace referencia a otra noción más amplia de “servicios de interés general”, que comprende “los servicios mercantiles o no mercantiles que las autoridades públicas clasifican como de interés general y sujetos a obligaciones de servicio público específicas”<sup>1225</sup>. Estos servicios pueden o no constituir actividades económicas en el sentido comunitario, e incluyen por tanto actividades que serán objeto de múltiples regímenes jurídicos –pueden quedar dentro o fuera de las normas de la competencia-, de forma que se trata de un concepto en esencia descriptivo, que no lleva aparejado la aplicación de un régimen jurídico propio. Lo mismo sucede con la noción de “servicios sociales de interés general”, que comprende según la Comisión los regímenes legales y complementarios de seguridad social, los servicios esenciales directamente prestados a las personas –asistencia social, servicios de reintegración en el mercado laboral, atención a la tercera edad o a grupos desfavorecidos-, y los servicios de salud, que se consideran una categoría específica<sup>1226</sup>. Su cualificación como servicios sociales de interés general deja ver su posible consideración como actividades económicas, y no conlleva consecuencias jurídicas concretas, como pudiera ser una derogación o modulación en bloque de las reglas de la competencia en razón de su naturaleza<sup>1227</sup>.

La definición de un servicio como de interés general no conduce a su exención automática del ámbito de las normas de la competencia, sino que es preciso que exista un acto de atribución de la misión de interés general a la empresa en cuestión y que su cumplimiento quede impedido por la aplicación de los requisitos concurrenciales. En cuanto a lo primero, la

---

en interés de algunas empresas o sectores económicos. Se ha argumentado en la doctrina que el concepto comunitario debería establecer un “estándar máximo” más allá del cual los Estados no puedan ir, pero respetando por debajo la autonomía de los sistemas nacionales para definirlos. Véase BUENDÍA SIERRA, José Luis; *Exclusive Rights and State Monopolies Under EC Law. Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*, OUP, Oxford, 1999, p. 281.

<sup>1225</sup> Comunicación de la Comisión “Services of General Interest in Europe”, de 11 de septiembre de 1996, COM(96) 443 final. Este concepto se recupera en documentos posteriores. El Protocolo 26 al Tratado de Lisboa hace referencia también a la importancia de los servicios de interés general, aunque no los define.

<sup>1226</sup> Véase la Comunicación de la Comisión “Implementing the Community Lisbon Programme: Social Services of General Interest in the European Union”, SEC(2006) 516; la Comunicación de la Comisión “Consultation regarding Community Action on Health Services”, SEC(2006) 1195/4; y la Comunicación de la Comisión “Un mercado único para la Europa del siglo XXI. Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo”, COM(2007) 725 final. Respecto a los servicios de salud, la Directiva del Consejo y del Parlamento europeo 2011/24/UE define la asistencia sanitaria como “los servicios relacionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de productos médicos y sanitarios” (art. 3).

<sup>1227</sup> Así lo indica RODRIGUES, Stephan; “The Application to Services Of General Economic Interest, Notably to Social Services of General Interest, of the EU Rules Related to State Aids, Public Procurement and the Internal Market. One Year after the Commission’s Guide – SEC(2010) 1545 final”, en *European Journal of Social Law*, núm. 4, 2011, p. 256, quien subraya que la identificación de las características comunes de los servicios sociales de interés general no concluye en una adaptación sistemática de las normas europeas, dependiendo ello todavía de si se trata de actividades económicas.

atribución puede articularse a través de un acto positivo que confiera funciones determinadas a la empresa, o a través de una concesión, pero se considera insuficiente la mera tolerancia, aprobación o aval de las actividades<sup>1228</sup>. En cuanto a lo segundo, el Tribunal ha aplicado un test de proporcionalidad, exigiendo que la exención de actividades económicas estatales respecto a las normas de la competencia no vaya más allá de lo necesario para la realización del servicio de interés general<sup>1229</sup>: la jurisprudencia ha ido evolucionando en la valoración de esta condición, adoptando inicialmente una exigencia de incompatibilidad absoluta –que la llevaba a negar la exceptuación en la mayor parte de casos-<sup>1230</sup>, y modulando posteriormente estos criterios, tomando en cuenta las necesidades económicas de estas actividades.

Así se refleja en la sentencia *Corbeau*, donde el Tribunal aceptó, en relación con el monopolio postal belga, que un derecho exclusivo puede justificarse por la necesidad de asegurar la realización de la actividad de interés general en “condiciones económicas aceptables”, y admitió que “la obligación que incumbe al titular de dicha misión (...) presupone la posibilidad de una compensación entre los sectores de actividad rentables y los sectores menos rentables y, en consecuencia, justifica una limitación de la competencia, por parte de empresarios privados, en los sectores económicamente rentables”<sup>1231</sup>. El Tribunal permitió, así, justificar la atribución en exclusiva de estos servicios de interés general en aras a evitar que, en caso contrario, la admisión de empresas privadas condujera a su concentración en las actividades rentables ofreciendo tarifas más ventajosas, y mermara así la situación económica de la empresa encargada del servicio de interés general, que no podría ya efectuar una compensación entre los sectores rentables y los de menor rentabilidad<sup>1232</sup>.

La misma aproximación se repite en sentencias posteriores, donde el Tribunal admite las razones económicas como motivo de justificación y realiza una valoración de la necesidad de los derechos exclusivos en aras a evitar las actividades de “picoteo” (*cherry-picking*) de las empresas privadas en los sectores rentables de estos servicios<sup>1233</sup>. Pero la introducción de estos elementos de justificación ha dado lugar a un control del Tribunal con resultados

<sup>1228</sup> JONES, Alison; SUFRIN, Brenda; *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, op. cit., 2004, p. 569.

<sup>1229</sup> BUENDÍA SIERRA, José Luis; *Exclusive Rights and State Monopolies Under EC Law. Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*, op. cit., 1999, p. 300 y ss.

<sup>1230</sup> Así se refleja por ejemplo en las SSTJCE de 30 de abril de 1974, *Sacchi* (C-155/73), de 11 de abril de 1989, *Ahmed Saeed* (C-66/86), o de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser c. Macrotron GmbH* (C-41/90).

<sup>1231</sup> STJCE de 19 de mayo de 1993, *Corbeau* (C-320/91), párrafo 17.

<sup>1232</sup> *Ibidem*, párrafos 18 y 19. En un sentido similar, la STJCE de 27 de abril de 1994, *Almelo* (C-393/92).

<sup>1233</sup> Así sucede por ejemplo en la STJCE de 18 de junio de 1998, *Corsica Ferries* (C-266/96), o en la STJCE de 10 de febrero de 2000, *Deutsche Post* (C-147 y 148/97).

diversos, que aplica en unos casos una visión más laxa y opta en otros por una visión estricta de las razones de justificación<sup>1234</sup>, situándose en una posición en que debe realizar complejos cálculos económicos. Se ha admitido así en pocos casos la persistencia de los derechos exclusivos: a pesar de una construcción que parece dejar margen de justificación a los Estados, ésta se revela cada vez más difícil, especialmente en los ámbitos que han resultado ya armonizados –donde tienen un escaso margen de maniobra-<sup>1235</sup>.

La aplicación de estos criterios de excepción supone la atribución al Tribunal de la valoración de las necesidades de restringir el régimen de la competencia, que se consideran de forma estricta. Los Estados no pueden, en todas las actividades que consideren de interés general, restringir el régimen de la competencia y establecer empresas que operen con condiciones más favorables, sino que la atribución de derechos exclusivos o especiales sólo es posible, aun existiendo una misión de interés general, cuando la actividad no pueda de forma viable ejercerse en régimen de mercado. La limitación de las normas de la competencia queda así establecida como posibilidad estrictamente reducida, que únicamente opera allí donde el mercado no puede llegar a satisfacer las necesidades.

#### **b) El régimen aplicable a los servicios de interés económico general**

La aplicación del artículo 106.2 TFUE no supone la ubicación de estos servicios completamente al margen del Derecho de la Unión, sino que éste sigue determinando su régimen, y encuadrando las posibilidades de los poderes estatales respecto a ellos. La organización de estos servicios como monopolios ya se ha examinado como condición constitutiva de la excepción del artículo 106.2 TFUE, pero el Derecho de la Unión determina también un régimen específico para su financiación, así como para los actos de contratación pública.

El debate relativo a los servicios de interés económico general se ha trasladado, tras los problemas causados por los derechos exclusivos en los años noventa, a la posible

---

<sup>1234</sup> Por ejemplo, el Tribunal adopta una aproximación amplia en la STJCE de 18 de junio de 1998, *Corsica Ferries* (C-266/96); mientras que adopta una interpretación mucho más estricta en la STJCE de 25 de junio de 1998, *Dusseldorp* (C-203/96). Ello produce una sensación en la doctrina de que los criterios se aplican de forma distinta en cada caso, no estableciendo el Tribunal de forma clara los intereses generales que pueden justificar dicha excepción. Véase NEERGAARD, Ulla; “Services of General (Economic) Interest: What Aims and Values Count?” en NEERGAARD, Ulla; NIELSEN, Ruth; ROSEBERRY, Lynn M. (eds.); *Integration Welfare Functions into EU Law- From Rome to Lisbon*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2009, p. 219.

<sup>1235</sup> Así sucede especialmente en los servicios de red, donde la regulación sectorial ha tomado el relevo, definiendo las organizaciones permitidas, y dejando poco margen para una derogación suplementaria a los Estados. Véase IDOT, Laurence; “Concurrence et services d’intérêt général. Bref bilan des évolutions postérieures au Traité d’Amsterdam”, en LOUIS, Jean-Victor; RODRIGUES, Stephan (dirs.); *Les services d’intérêt économique général et l’Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 56.

consideración de la financiación de los mismos como ayudas de Estado, que quede prohibida o limitada por los artículos 107 a 109 TFUE. La definición amplia de la noción de ayuda, incluyendo cualquier comportamiento estatal que suponga la atribución de una ventaja económica a determinadas empresas –de forma selectiva–, supone la posibilidad de considerar las compensaciones de servicio público como ayudas, quedando de este modo sujetas a la obligación de notificación y a su evaluación por la Comisión. La aproximación inicial de las instituciones a este problema, considerando estas compensaciones como ayudas de Estado<sup>1236</sup>, se ha modificado posteriormente, entendiéndose que cuando éstas cumplen determinadas características se hallan excluidas de la noción de ayuda.

La sentencia *Altmark* estableció las condiciones necesarias para que una compensación de servicio público escape a la cualificación de ayuda de Estado: la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas; los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente; la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable; y la elección de la empresa debe haberse realizado en un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato de menor coste para la colectividad, o bien, en caso de no haber sido así, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse en base a los costes que tendría una empresa media bien gestionada<sup>1237</sup>.

La dificultad en el cumplimiento de estas estrictas condiciones se mostró en sentencias posteriores, donde las compensaciones encausadas no se adecuaban ni siquiera a los primeros requisitos enumerados, siendo la última condición la que ha dado lugar a mayores dificultades<sup>1238</sup>. La Comisión ha adoptado, frente a ello, una serie de actos en los que ha admitido las compensaciones de servicio público incluso aunque no cumplan los criterios *Altmark*, siempre que satisfagan ciertas condiciones que ella misma les impone: ciertas ayudas de *minimis* resultan permitidas si no superan una cuantía determinada en virtud del

---

<sup>1236</sup> La aproximación inicial del Tribunal consistía en considerar las compensaciones como ayudas de Estado, interviniendo el artículo 106.2 TFUE únicamente para su posible justificación. Véase la STJCE de 15 de marzo de 1994, *Banco de crédito industrial* (C-387/92), párrafo 15.

<sup>1237</sup> STJCE de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans* (C-280/00), párrafos 88 a 93.

<sup>1238</sup> Véase las STJCE de 27 de noviembre de 2003, *Enirisorse* (C-34 a 38/01), y las Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 13 de junio de 2007, *Dansk Busvognmoend* (T-157/01), y de 12 de febrero de 2008, *BUPA y otros* (T-289/03).

Reglamento de la Comisión 360/2012<sup>1239</sup>; mientras que, por encima de este umbral, las compensaciones deberán cumplir las condiciones de atribución, cálculo, y transparencia establecidas en la Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2011<sup>1240</sup>; quedando sujetas, en caso de no cumplirlas, a la obligación de notificación, pero pudiendo ser todavía compatibles si cumplen los requisitos establecidos en el Marco de la Unión europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público<sup>1241</sup>.

Las compensaciones a los servicios de carácter social quedan, de acuerdo con la citada Decisión, excluidas del concepto de ayuda, cuando se trate de los servicios prestados por los hospitales en relación con la atención médica o de urgencia, así como aquéllos que atiendan a necesidades sociales relativas a la asistencia sanitaria, la asistencia de larga duración, la asistencia infantil, el acceso a la reintegración en el mercado laboral, las viviendas sociales y la protección e inclusión social de grupos vulnerables (art. 2.1 b y c). Dichas compensaciones quedan excluidas cualquiera que sea su cuantía, pero están sujetas, para obtener tal exención, a ciertas obligaciones que establece la propia Directiva: el servicio de interés económico general debe atribuirse a la empresa por medio de un acto que indique sus características esenciales así como su régimen<sup>1242</sup>; la compensación debe responder a determinados criterios que aseguran la ausencia de financiación excesiva, teniendo en cuenta los costes que se indican y lo que debe entenderse como “beneficio razonable”<sup>1243</sup>; y debiendo los Estados asegurar el control de la sobrecompensación, y los criterios de publicidad y transparencia<sup>1244</sup>.

El establecimiento de estas obligaciones como condicionantes de la excepción de las compensaciones de servicio público supone la sujeción de la financiación de estos servicios, para ser compatibles con el Tratado, a la configuración que prevé para ellas el Derecho

---

<sup>1239</sup> En concreto, se permiten las compensaciones de servicio público que no superen los 500.000 euros durante cualquier período de tres ejercicios fiscales (art. 2.2 Reglamento de la Comisión 360/2012, de 25 de abril).

<sup>1240</sup> Se trata de la Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2011, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del TFUE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general.

<sup>1241</sup> Se trata del Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2012/C 8/03).

<sup>1242</sup> En concreto, debe indicarse el contenido y duración de las obligaciones, las empresas afectadas, los derechos exclusivos o especiales otorgados, una descripción del mecanismo de compensación y su cálculo, y las modalidades para recuperar las posibles compensaciones excesivas (art. 4 Decisión de 20 de diciembre de 2011).

<sup>1243</sup> Los criterios sobre los costes que deben tenerse en cuenta se desarrollan ampliamente en el artículo 5 de la Decisión de 20 de diciembre de 2011. El beneficio razonable se entiende como el coeficiente de rendimiento del capital que requeriría una empresa media que estuviera considerando si prestar el servicio de interés económico general a lo largo de toda la duración del acto de atribución, teniendo en cuenta el nivel de riesgo (art. 5.5).

<sup>1244</sup> Se exige la publicación de cierta información por internet o por otro medio adecuado (art. 7), y el mantenimiento de la información a disposición de la Comisión durante un mínimo de diez años (art. 8).

comunitario, convirtiéndose dicha exención, en realidad, en la aplicación de otro régimen, que se determina igualmente –al menos en sus aspectos esenciales- por las instituciones supranacionales. Los requisitos relativos al control de la cuantía compensatoria, que establecen detalladamente los costes a tener en cuenta y los métodos de cálculo a aplicar, responden, a pesar de hacer referencia a un ámbito exceptuado de las normas de la competencia, a criterios concurrenciales y de eficiencia económica, que aplican la lógica de la mínima injerencia pública en el mercado para no distorsionar su libre funcionamiento. Los Estados no pueden, así, financiar excesivamente –por encima de los costes del servicio y de un beneficio razonable- las empresas encargadas de los mismos, bajo riesgo de causar desventajas competitivas respecto a los operadores privados o públicos de otros Estados.

Los servicios de interés económico general se hallan sujetos, por otra parte, a las reglas de la contratación pública que derivan del ordenamiento comunitario –la Directiva 2004/17/CE y la Directiva 2004/18/CE<sup>1245</sup>-, así como a las libertades de circulación del Tratado. Dichas normas no excluyen la posibilidad de prestar directamente estos servicios por el poder público (gestión interna), dependiendo su externalización de la decisión de cada Estado; pero dicha posibilidad se configura como excepción a la aplicación de las citadas Directivas y del Tratado, siendo objeto de una interpretación estricta por el Tribunal de Justicia. Éste ha admitido, en la sentencia *Teckal*, que para determinar si existe un contrato –que pudiera estar sujeto a las Directivas y a la obligación de oferta pública- debe examinarse si ha habido un acuerdo entre dos personas jurídicas separadas, lo que puede excluirse sólo si el poder público tiene sobre la entidad con quien contrata un “control similar al que ejerce sobre sus propios departamentos”, y al mismo tiempo “la persona realiza la parte esencial de sus actividades con la autoridad que la controla”<sup>1246</sup>. Dicho control no puede considerarse existente, no obstante, cuando el capital de la entidad contratada tenga participación de una empresa privada, lo que excluye, para las entidades de colaboración público-privada, la posibilidad de evitar las reglas europeas de contratación pública<sup>1247</sup>.

---

<sup>1245</sup> Se trata de la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo 2004/17/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales; y la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

<sup>1246</sup> STJCE de 18 de noviembre de 1999, *Teckal* (C-107/98), párrafos 49 y 50.

<sup>1247</sup> STJCE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*, C-26/03. Se ha entendido que la autoridad pública debe tener una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones mayores de la entidad, y que ello no puede ser el caso si su capital corresponde siquiera en una parte pequeña a una empresa privada. Véase FRENZ, Walter; SCHLEISSING, Philipp; “The Never Ending Story of ‘In-House’ procurement”, en KRAJEWSKI,

En los casos en que el servicio se atribuye a una persona jurídica distinta del Estado –o sus entidades territoriales- a cambio de remuneración, los principios del Tratado en materia de no discriminación y libre circulación devienen plenamente aplicables, así como, dependiendo del tipo de contrato y su cuantía, la Directivas 2004/17 sobre contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; y la Directiva 2004/18, sobre contratos públicos de obras, de suministro y de servicios<sup>1248</sup>. En el caso de realizarse un contrato de servicio público, donde el Estado paga al proveedor una remuneración fija, la Directiva 2004/18 deviene aplicable –siempre que se supere el umbral de cuantía establecido-, debiendo cumplirse las obligaciones que contiene en materia de procedimiento y requisitos de la oferta y la adjudicación pública. Sin embargo, ciertos servicios de carácter social –de colocación de personal, educación y formación, servicios sociales y de salud- únicamente están sujetos, de acuerdo con el artículo 21 de la Directiva, a las obligaciones relativas a las especificaciones técnicas (art. 23) y al deber de enviar un anuncio sobre el resultado del procedimiento de adjudicación, una vez concluido (art. 35.4). Ello atribuye a los Estados un mayor margen de maniobra, no hallándose en estos casos sujetos a las condiciones estrictas aplicables como regla general.

Si el contrato no supera el umbral establecido, o cuando se trate de una concesión de servicio<sup>1249</sup>, las Directivas no son aplicables, pero la atribución del servicio queda de todas formas sujeta a las obligaciones que derivan del Tratado. Así lo ha establecido el Tribunal en la sentencia *Telaustria*, donde, tras encontrar que el contrato en cuestión constituía una concesión, consideró que las entidades adjudicatarias estaban obligadas igualmente al respeto de las reglas fundamentales del Tratado en general, y al principio de no discriminación por nacionalidad en particular<sup>1250</sup>. Este último requisito exige una obligación especial de transparencia, por la que el poder adjudicador debe garantizar, en favor de todo proveedor potencialmente interesado, un grado de publicidad adecuado, que permita la apertura del

---

Markus; NEERGAARD, Ulla; VAN DE GRONDEN, Johan (eds.); *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, op. cit., 2009, p. 172 y ss.

<sup>1248</sup> Existe no obstante una propuesta de modificación de estas Directivas, COM(2011) 896 final. Asimismo, se ha propuesto una nueva Directiva sobre contratos de concesión, COM(2011) 897 final.

<sup>1249</sup> La concesión se produce cuando la remuneración por el servicio consiste en el derecho a explotarlo, siendo éste pagado por el usuario. Las concesiones de servicio no se hallan reguladas actualmente por el Derecho de la Unión, si bien existe una propuesta de Directiva sobre la adjudicación de contratos de concesión, COM(2011) 897 final.

<sup>1250</sup> STJCE de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria* (C-324/98).

mercado de servicios a la competencia, así como el control de la imparcialidad en los procedimientos de adjudicación<sup>1251</sup>.

La aplicación de las reglas de contratación europeas no impide la exigencia de requisitos de calidad para la atribución de un servicio, que pueden establecerse en diversas fases del procedimiento, ya sea previamente en las especificaciones técnicas o en los criterios de selección o de adjudicación –que pueden incluir obligaciones específicas, estableciendo los elementos a los que se atribuya importancia para la calidad del servicio-, o ya sea como condiciones de realización del contrato, requiriendo por ejemplo al contratista asegurar un nivel adecuado de formación y remuneración al personal involucrado<sup>1252</sup>. La atribución del contrato no requiere en principio pronunciarse únicamente en función del criterio del menor precio, sino que debe tenerse en cuenta la oferta global más ventajosa económicamente, pudiendo incluir en este concepto factores cualitativos que se consideren relevantes. Sin embargo, dichas normas no permiten la limitación de la oferta pública a determinados tipos de proveedores –por ejemplo, entidades sin ánimo de lucro-, salvo que ello se realice a nivel estatal por medio de una ley que quede suficientemente justificada<sup>1253</sup>.

Los servicios de interés económico general no resultan, por tanto, exceptuados de las normas de contratación pública, sino al contrario, sujetos a ellas en la medida en que se atribuyan a entidades independientes del Estado. Es cierto que el Tratado no obliga a atribuir estos servicios mediante un procedimiento de licitación pública –quedando ello a la libre elección de los Estados-, pero su tratamiento en la jurisprudencia contiene diversos elementos que pueden tender a favorecer una configuración ligada a este proceso: por un lado, la atribución de derechos exclusivos a empresas encargadas de estos servicios será difícilmente justificable si no ha existido un procedimiento previo de selección entre empresas<sup>1254</sup>; por otro lado, la financiación del servicio quedará más fácilmente excluida del régimen de las ayudas

---

<sup>1251</sup> Véanse las SSTJCE de 18 de noviembre de 1999, *Unitron Scandinavia* (C-275/98), de 21 de julio de 2005, *Coname* (C-231/03), de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen* (C-458/03), y de 20 de octubre de 2005, *Comisión c. Francia* (C-264/03),

<sup>1252</sup> Véase la Guía de la Comisión sobre la aplicación de las normas de la Unión Europea sobre ayudas estatales, contratación pública y el mercado interior a los servicios de interés económico general, en particular los servicios sociales de interés general, SWD(2013) 53 final, p. 92.

<sup>1253</sup> Así lo ha admitido el Tribunal en la STJCE de 17 de junio de 1997, *Sodemare* (C-70/95).

<sup>1254</sup> En este sentido, DRIJBER, Berend Jan; “Les services d’intérêt économique général et la liberté de prestation de services”, en LOUIS, Jean-Victor; RODRIGUES, Stephan (dirs.); *Les services d’intérêt économique général et l’Union européenne*, op. cit., 2006, p. 77.

si se muestra que la elección de la empresa se ha realizado en un procedimiento de contratación pública (cuarta condición *Altmark*)<sup>1255</sup>.

La aplicación del artículo 106.2 TFUE, por tanto, excluyendo ciertos servicios de interés económico general del ámbito de la competencia, no supone la entera libertad de los Estados para fijar su régimen, sino al contrario, su sumisión a otro régimen distinto, previsto también por el Derecho de la Unión a través del condicionamiento de su financiación y de la contratación pública. La determinación de estas condiciones, que imponen a los Estados obligaciones de forma y de sustancia en la financiación y contratación de estos servicios, se halla regida, si no estrictamente por un régimen de igualdad respecto a las empresas privadas, sí por un régimen que exige la mínima limitación del mercado, no pudiendo ir las ventajas atribuidas a dichos servicios más allá de lo estrictamente necesario –y quedando sujetos, en todo caso, a las exigencias de la libre circulación-. Los Estados pierden así la facultad de aplicar a estas actividades un régimen completamente regido por criterios públicos o sociales<sup>1256</sup>, estando sujetos en todo caso a las determinaciones del Derecho de la Unión: la unificación de este régimen a través del Derecho europeo se considera necesaria para evitar la diversidad de configuraciones existentes en los distintos Estados, que podría distorsionar la competencia atribuyendo a sus empresas condiciones más beneficiosas; pero ello puede mermar la capacidad de realización de actividades de procura existencial por la vía pública, quedando ésta sujeta a la mínima afectación del mercado.

---

<sup>1255</sup> En este sentido, BOVIS, Christopher H.; “The Conceptual Links Between State Aid and Public Procurement in the Financing of Services of General Economic Interest”, en KRAJEWSKI, Markus; NEERGAARD, Ulla; VAN DE GRONDEN, Johan (eds.); *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, op. cit., 2009, p. 150.

<sup>1256</sup> Se ha destacado, en especial por la doctrina española, el vaciamiento de contenido que ello supone en las facultades de reserva de servicios o recursos esenciales al sector público (art. 128.2 Constitución española), que no pueden ejercerse al margen de las exigencias del Derecho de la Unión. En este sentido, DE LA QUADRASALCEDO, Tomás; “Artículo 128: Riqueza, iniciativa pública y reserva al servicio público”, op. cit., p. 84. ALBERTÍ ROVIRA, Enoch; “Criterios constitucionales de la intervención pública en la economía”, en AAVV; *La Constitución económica. XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, op. cit., 2012, p. 97.

# CONCLUSIONES

## **1.- La tensión entre transformación y preservación del Estado social**

El Estado social sufre a través del proceso de integración europea una transformación profunda de sus rasgos constitutivos, que quedan modificados a la luz de las obligaciones que se desprenden, para el poder público, del ordenamiento de la Unión Europea. Estas modificaciones, en tanto atribuyen una nueva forma y contenido a los poderes estatales, ponen de relieve los elementos que originalmente los definían en el marco del Estado social, revelándose éstos en toda su expresión cuando son variados o alterados. La tensión entre transformación y preservación contribuye, así, a la definición precisa de los caracteres de aquello que ha constituido durante largo tiempo el Estado social: es precisamente su crisis lo que ilumina su comprensión original, permitiendo vislumbrar los elementos que integraban su forma jurídica en el momento de su formación, y determinar el sentido de las modificaciones que se producen en esta forma de Estado.

## **2.- Los elementos constitutivos de la forma de Estado social en los ordenamientos europeos**

La construcción del Estado social en los ordenamientos europeos se ha realizado, como se vio, en torno a dos modelos distintos, que se contraponen en relación con sus características de formulación jurídica, en el contenido de la concreta protección material, y en los instrumentos que utiliza el poder público. En ambos casos, el Estado social surge como una nueva fundamentación del poder que, ante las dificultades del Estado liberal frente a la cuestión social, toma en cuenta al individuo en relación con sus circunstancias y con el espacio social donde debe satisfacer sus necesidades. El Estado adquiere, progresivamente, nuevos fines y medios para su actuación en relación con el orden social y económico, en aras a la realización de condiciones que no surgen de su funcionamiento autónomo, y que son no obstante necesarias para la integración real de todos los sujetos: la proclamación formal de derechos y del principio de igualdad se revelan insuficientes, exigiendo una realización efectiva de estos elementos, que requiere, más allá de su establecimiento normativo, una actividad de modificación y reforma de las condiciones naturales del orden social y económico.

La nueva forma del poder que surge de estos procesos tiene, en ambos modelos, caracteres distintos, en atención a las distintas respuestas dadas a la problemática social planteada y a las diversas concepciones y corrientes iusfilosóficas dominantes. El modelo nórdico se presenta, por un lado, como variante no constitucional del Estado social, basado en los acuerdos políticos y sociales adoptados en el primer tercio del siglo XX, que han actuado como marco para la actividad de los poderes públicos y los agentes sociales durante un largo período. La matizada concepción normativa de la Constitución, y la reducida aceptación de los derechos individuales por el realismo escandinavo y el pensamiento socialdemócrata de la época –que priorizaba la realización de una reforma social ilimitada por vía legislativa–, han conducido a la construcción de un Estado social orientado a la igualdad real y a la satisfacción de necesidades individuales, pero dependiente por completo de la actividad legislativa y administrativa: el poder público ha gozado en este marco de una facultad de intervención casi ilimitada, no entendiéndose los derechos económicos como límites con un contenido propio frente a la configuración social y económica del poder público, y permitiendo una intensa reforma social, realizada especialmente a través de la vía redistributiva.

La construcción continental del Estado social aparece, por el contrario, como un modelo que pone énfasis en la situación individual del sujeto, y cuyo establecimiento jurídico se produce a través de la adopción por las normas constitucionales de una función integradora, con el reconocimiento de ciertos valores y elementos materiales que justifican su aceptación por la ciudadanía y permiten establecer su supremacía normativa. La evolución de la Constitución, desde su concepción positivista pura hasta su comprensión en un sentido material –como acuerdo de la población en torno a ciertos valores y elementos sustantivos– da lugar a una fundamentación del poder que se basa en la incorporación normativa a sus actividades de contenidos sociales en forma de derechos y obligaciones, así como de derechos económicos con una función social y un carácter esencialmente limitado. Si la garantía de los contenidos sociales desde la propia Constitución ha planteado problemas, en la medida en que las categorías clásicas no se ajustan a los rasgos de estos derechos, los Tribunales han ido hallando vías de concreción de su significado, en una relación de estrecha colaboración con el legislador que, requiriendo en la mayoría de casos su intervención para el desarrollo y organización de estos derechos –cuando se trate de prestaciones no

concretas en la propia Constitución-, parece ir encontrando medios de aplicación de un cierto control, imponiendo límites a su concreción legislativa: así sucede con la aplicación por los Tribunales constitucionales de criterios de razonabilidad o coherencia a la legislación social, y en especial con la aplicación del principio de no regresión como criterio de valoración de la proporcionalidad ante la eventual limitación de su contenido. El reconocimiento de los derechos económicos, por su parte, sujetos a las limitaciones que se prevén en el marco constitucional, implica al mismo tiempo una habilitación de los instrumentos de intervención pública en la economía, tanto a través de la regulación como de la asunción por el Estado de actividades económicas, por medio de la iniciativa pública o de las facultades de reserva y nacionalización de bienes y servicios.

Los dos modelos de construcción del Estado social, con su distinta arquitectura jurídica, revelan no obstante rasgos comunes en la conformación del poder, siendo posible la deducción de una serie de principios que sirven a explicar los elementos constitutivos de esta forma de Estado. Ello resulta especialmente claro en relación con los principios materiales que orientan la actuación pública, hallándose en todo caso un fin de igualdad real que se desprende de los ordenamientos jurídicos, y vinculándose a una actividad de procura existencial que exige la satisfacción de ciertas necesidades del individuo. Esta actuación de procura constituye, en su definición más o menos amplia, la vía por la que se canaliza la actividad de transformación del orden social y económico existente, a través de la realización de ciertas condiciones por el poder público, que permiten al individuo una relativa desvinculación respecto a su situación económica: ya sea con la obtención de bienes, servicios, transferencias económicas o posibilidades de realización del conflicto laboral en igualdad, dicha actividad supone la alteración del orden natural del mercado y de las relaciones jurídicas privadas, atribuyendo a todos los sujetos una cierta seguridad en el espacio social, que les permite la obtención de aquello que requieren en mayores condiciones de igualdad.

También la concepción de los instrumentos estatales es similar en ambos modelos, derivada de la particular comprensión del fundamento y legitimidad del poder en su relación con el individuo. Si el reconocimiento de derechos económicos sigue en ambos sistemas vías opuestas –en los estados nórdicos, partiendo de una función social absoluta que negaba su protección individual; y en los estados continentales, partiendo de una concepción liberal que se matiza con el reconocimiento de su función

social-, en todo caso se adopta una concepción limitada de estos derechos, que permite al poder público la intervención sobre su contenido y ejercicio. Los dos modelos contienen, aunque en formas distintas, una habilitación de los instrumentos formales del Estado en relación con el orden social y económico: se permite, en ambos casos, la regulación del contenido de estos derechos de acuerdo con el interés general y su función social, así como su limitación derivada del ejercicio de actividades administrativas estatales, que implican la facultad de iniciativa pública y de aplicación de un régimen jurídico específico a la propia actividad del Estado –limitando así el orden de mercado e incluso pudiendo excluir por completo la iniciativa privada-.

Estos elementos materiales y formales conforman, en conjunto, la forma jurídica del Estado social en los estados europeos, hallándose estrechamente interrelacionados. Pero la contraposición de ambos modelos muestra, además, distintos modos posibles de articulación jurídica, poniendo de relieve el carácter prescindible del establecimiento constitucional de los elementos sociales, si existen otros mecanismos en el ordenamiento que permitan la realización de la actividad pública sobre la sociedad. De hecho, la configuración constitucional del poder aparece, frente al modelo nórdico, como una forma limitadora del Estado social, que, aunque provee ciertos mecanismos para su garantía, al mismo tiempo le impone cotos y restricciones –en especial en relación con los derechos individuales-. La forma constitucional implica una concepción de carácter individualista, basada en la garantía de derechos sociales subjetivos, pero que permite a su vez una reforma social colectiva o de la comunidad de menor intensidad, en tanto aparecen con mayor claridad los límites de respeto a ciertos aspectos del sistema económico.

La evolución en ambos modelos parece decantarse, no obstante, por una forma jurídica del Estado social que integre aspectos de la garantía constitucional y la garantía legislativa, en una relación de colaboración que permita al mismo tiempo la protección de los derechos individuales y la realización de una cierta actividad de reforma y transformación social. La evolución de los sistemas escandinavos hacia el modelo constitucional en los últimos años –en especial por la influencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Derecho de la Unión Europea-, junto con el establecimiento de mecanismos de colaboración entre los Tribunales constitucionales y el legislador en el modelo continental, conducen a una forma jurídica del poder que tiene sus bases en los textos constitucionales –en especial, en la concepción limitada

de los derechos económicos y en la habilitación de los instrumentos de intervención-, y que depende en gran medida, en su contenido de configuración social, de la garantía democrática, que deberá precisar los elementos establecidos en la Constitución. La forma jurídica del Estado social debe entenderse así, según se propone, como articulación compleja entre Constitución y legislación: la norma fundamental mantiene su función esencial de límite negativo –que debe tomarse en serio en relación con los derechos sociales, explotando su potencialidad-, y deja en relación con las actividades positivas un mayor margen de actuación al legislador, que –sin perjuicio de que sea objeto de control por los Tribunales- no debe entenderse como desprotección sino, como muestran los estados nórdicos, como garantía de correspondencia con las opciones democráticas mayoritarias en la sociedad.

### **3.- El punto de partida de la transformación: la ubicación del Derecho constitucional como garante de los elementos del orden económico**

El proceso de modificación de la forma jurídica del Estado social tiene origen en un cambio de la función del Derecho constitucional, que se produce a través de la construcción evolutiva del ordenamiento de la Unión Europea y su relación con los Estados miembros. Si a nivel estatal el Derecho constitucional ha integrado progresivamente los elementos esenciales del orden social y económico que debía realizar el Estado, considerándose la esfera de la sociedad como un todo en el que los aspectos sociales y económicos se hallan entrelazados y cuya configuración depende de las opciones políticas –estableciendo la Constitución sólo los aspectos esenciales de la misma-; la construcción supranacional en el ordenamiento europeo ha partido de una perspectiva distinta, basando la integración en la construcción del mercado, y configurando los Tratados con un contenido casi exclusivamente económico que queda constitucionalizado. La elaboración de los principios de efecto directo y primacía por el Tribunal de Justicia, que atribuyen al ordenamiento supranacional una suerte de constitucionalización formal, supone la formación de un Derecho que determina la forma jurídica del poder de los Estados y de los órganos de la Unión, pero que se halla materialmente centrado en los elementos económicos: la configuración de la Unión y del papel de los Estados en ella se basa en los aspectos del mercado, que determinan las opciones políticas posibles, imponiendo un determinado contenido de los mismos a los poderes públicos.

El Derecho constitucional adquiere así, en el ámbito de la Unión, una función de garantía del sistema económico previsto, estableciendo para los distintos poderes constituidos funciones diversas en atención a su aseguramiento. La ausencia de un acuerdo constituyente en sentido propio, y la formación de este orden jurídico con especiales características a través de la interpretación del Tribunal de Justicia, han conducido a la creación de un ordenamiento dotado de gran fuerza jurídica en relación con los Estados, pero cuyos principios estructurales, establecidos por los Tratados, se refieren únicamente a la configuración del orden económico y al respeto del principio de igualdad en situaciones inter-estatales. El ordenamiento de la Unión contiene, así, una idea preestablecida del sistema económico que debe realizarse –que se ha acordado por los diversos Estados miembros-, mientras que no indica, más allá de la igualdad, aspectos vinculantes sobre la configuración del orden social que debe perseguirse: los elementos sociales se consideran elementos pertenecientes al ámbito de lo político, dependientes de cada Estado, y no debiendo por tanto tener una previsión específica en los Tratados que configuran la Unión Europea.

Ello parece responder a la división competencial entre la Unión y los Estados miembros, si bien supone en realidad una opción por una determinada configuración del orden supranacional, que rompe con la incorporación de contenidos sociales y con la concepción de los derechos económicos en los textos constitucionales estatales. La evolución de la Comunidad y sus principios jurídicos eran quizá desarrollos no previstos en origen, pero esta configuración de los Tratados ha dado lugar, posteriormente, a una entidad política regida por los principios del mercado, que han sido progresivamente ampliados y constitucionalizados, fracasando los intentos de incorporar a estos textos otros contenidos con la misma fuerza jurídica. La función del Derecho constitucional no es ya, en este marco, establecer el rango de opciones políticas posibles para los poderes públicos en la configuración del orden social y económico, sino indicar de forma precisa los aspectos que éstos deben realizar en el ámbito económico, quedando el sistema de mercado pre-constituido e imponiéndose su contenido a todos los órganos públicos.

El Derecho constitucional pierde con ello, no obstante, su potencialidad integradora, que se situaba en la realización de ciertos valores y elementos materiales que generaban la adhesión y aceptación de la población. La forma jurídica del Estado social, resultante del reconocimiento equilibrado entre elementos sociales y

económicos –lo que habilitaba una serie de opciones de configuración social y económica a los poderes nacionales-, resulta ahora alterada por la constitucionalización de un ordenamiento basado en presupuestos materiales distintos, que determina, a partir de su concepción de los elementos del orden económico, las actuaciones posibles del poder público y los fines y objetivos que éste debe perseguir. La atribución de características normativas cuasi-constitucionales a un Derecho que no responde a los mismos presupuestos de legitimación estatales dificulta la aceptación de dicha transformación, y aunque ello no niega la legitimidad de esta fuente –que no tiene por qué responder a los mismos parámetros estatales y se halla avalada de hecho por la aprobación de los sucesivos Tratados-, pone de relieve la distinta función del Derecho constitucional, que no se concibe aquí como fuente de integración de la ciudadanía sino como elemento de aproximación entre los Estados: ello explica la ausencia de un verdadero proceso constituyente, y la legitimación de este Derecho por sus resultados, conteniendo una idea distinta de los valores y elementos materiales que deben realizarse y de los instrumentos formales que puede utilizar el Estado.

#### **4.- La quiebra de la concepción limitada de los elementos del orden económico**

La configuración del ordenamiento de la Unión en los términos expuestos implica el establecimiento del mercado interior como objetivo principal de la construcción europea, cuyos elementos jurídicos –las libertades de circulación y las normas de la competencia- adquieren un estatuto privilegiado. Si inicialmente estas disposiciones fueron objeto de una interpretación flexible por el Tribunal de Justicia, admitiendo su restricción por los Estados cuando no se trataba de aspectos estrechamente conectados con el mercado supranacional, posteriormente su ámbito de aplicación se ha ido extendiendo, hasta considerar como posibles restricciones al Tratado todas las actuaciones nacionales que puedan suponer, directa o indirectamente, actual o potencialmente, un obstáculo a la libre circulación o competencia, o que puedan hacer menos atractivo el ejercicio de estos derechos, incluso aunque no se refieran al ámbito competencial de la Unión.

La dimensión transnacional que añaden las facultades de circulación y competencia a los derechos económicos –la libertad de empresa y el derecho de propiedad- supone una reducción de las posibilidades de limitación de estos derechos por los poderes nacionales, en la medida en que su ejercicio tenga una potencial conexión con la libre

circulación o la competencia inter-estatal. La función social de estos derechos desaparece en su dimensión transnacional –reconociéndose ésta únicamente cuando lo exige la organización supranacional de mercados-, considerándose el propio ejercicio individual de estas facultades realizador del interés general, y admitiendo por ello escasas limitaciones por los poderes estatales. El Tratado prevé una serie de razones que pueden justificar una derogación en el caso de las libertades de circulación, ampliándose éstas por la jurisprudencia, y contiene en relación con las normas de la competencia una excepción *de minimis* así como una excepción relativa a los servicios de interés económico general, pero la valoración de estas posibles restricciones ha sido realizada de forma estricta por el Tribunal de Justicia, evaluando de modo exigente la adecuación y proporcionalidad de las medidas nacionales.

Ello supone la pérdida del carácter limitado del contenido y ejercicio de los derechos económicos en su dimensión transnacional, lo que afecta también a su configuración interna. En la medida en que es ya muy difícil hallar ámbitos económicos que no se encuentren conectados, siquiera potencialmente, con los mercados de otros Estados miembros, los Estados tienen reducidas posibilidades de restringir y regular el ejercicio de los derechos económicos, estando en todo caso sus actividades sujetas a la valoración por el Tribunal de Justicia en relación con los principios del mercado. El acuerdo entre todos los Estados sobre los caracteres del orden económico supranacional exige una interpretación uniforme de sus elementos, que impide a cada uno de ellos exceptuar de forma unilateral sus elementos; pero ello implica, al mismo tiempo, la atribución al Tribunal de Justicia de decisiones acerca del nivel de regulación que se admite en los derechos económicos, implicando la inadmisión de las regulaciones estatales una desregulación del ámbito económico que difícilmente puede recuperarse a nivel de la Unión. Las opciones constitucionales estatales, que permitían habitualmente amplias posibilidades de reglamentación de estos derechos en virtud del interés general, quedan así subordinadas a la compatibilidad con el interés de la Unión, que se ubica de forma principal en la construcción del mercado único –aunque ello implique un mercado con un menor grado de regulación pública-.

##### **5.- La transformación de los instrumentos de regulación sobre el orden económico**

La ubicación de los elementos del orden económico en el centro del sistema jurídico de la Unión supone la reducción de los instrumentos reguladores estatales que

implicaban una intervención pública sobre la esfera económica. En la medida en que todas las actuaciones estatales sobre el mercado pueden constituir un obstáculo potencial a las facultades de libre circulación y competencia en el ámbito supranacional, estas actuaciones deben adecuarse a los principios del Derecho de la Unión, lo que no implica su total supresión, pero sí una cierta transformación de su contenido. El Derecho de la Unión establece ciertos requisitos que reducen las posibilidades de regulación unilateral por los Estados miembros, afectando al contenido posible de la actividad reguladora y a su potencial de limitación del mercado. Ello transforma uno de los instrumentos clásicos del poder público en el Estado social, indicando la necesidad de realizar sus objetivos por otras vías.

Los instrumentos reguladores quedan, como se vio, estrictamente encuadrados por el Derecho de la Unión, que reduce las posibilidades estatales de establecer reglamentaciones propias sobre distintos ámbitos de la esfera social y económica. El amplio concepto de restricción de las libertades económicas, junto con el establecimiento del principio de reconocimiento mutuo, obliga a los Estados a verificar, previamente a la aprobación de una determinada normativa sobre productos o servicios, si las regulaciones de otros Estados miembros contienen condiciones y garantías esencialmente similares, debiendo en ese caso admitir los productos y servicios en ellos comercializados. La carga de la comprobación y prueba recae en los poderes públicos, estableciéndose una presunción en favor de la similitud de las regulaciones que facilita la libre circulación a las empresas e impone una dificultad adicional a la regulación pública. Ello se acentúa, en el ámbito de la regulación de la esfera económica general, por la sumisión de todas las regulaciones que puedan afectar al comercio inter-estatal a la evaluación de su justificación y proporcionalidad por el Tribunal de Justicia: incluso las regulaciones sobre el uso y comercialización de productos, que habían quedado durante largo tiempo admitidas con la jurisprudencia *Keck*, han sido consideradas recientemente como restricciones a la libre circulación, limitando las posibilidades estatales de regulación del mercado.

La reducción de las posibilidades de regulación afecta especialmente a la esfera laboral, donde estos instrumentos han sido tradicionalmente utilizados para la realización de objetivos sociales. Tanto la atribución de derechos sociales de libertad a los sujetos colectivos –que permiten una regulación privada de las condiciones laborales–, como la regulación de las condiciones laborales por el poder público,

quedan sujetas al respeto a los principios del mercado, no pudiendo afectar de forma excesiva a las libertades de circulación de los sujetos económicos. El ejercicio de los derechos de conflicto colectivo queda, como se vio, subordinado en las situaciones transnacionales a una exigencia de proporcionalidad y a la valoración de la legitimidad de su objetivo por el Tribunal de Justicia. Lo mismo ocurre con la regulación pública de las condiciones laborales, que no puede imponer condiciones que prevengan *ex ante* el ejercicio de las libertades de circulación, ni que dificulten la actividad económica una vez estas libertades ya han sido ejercidas. Ello supone, no obstante, una desnaturalización de estos instrumentos, que no pueden en estos términos cumplir la función clásica que se les atribuía: la subordinación a la mínima afectación de los principios del mercado es contraria a su propia finalidad, que se situaba tradicionalmente en la capacidad de condicionar el poder de los sujetos económicos, y de determinar el desarrollo de las actividades económicas exigiendo condiciones aceptables para los trabajadores.

Una situación similar ocurre en relación con los instrumentos de regulación de prestaciones, cuya atribución y gestión debe configurarse conforme a las libertades de circulación, permitiendo la entrada de los sujetos económicos de otros Estados miembros. Ello exige, en el caso de regímenes de seguro obligatorios cuya gestión se atribuya a determinadas entidades concretas, el mantenimiento de las prestaciones en un nivel proporcionado, permitiendo a los individuos complementarlas con regímenes de seguro voluntarios provenientes de prestadores privados. La regulación de la protección social obligatoria queda, en estos términos, recluida a un nivel en que no suponga una restricción excesiva en las libertades de circulación, pero ello supone en la práctica la determinación por el Derecho de la Unión de la demarcación concreta entre el espacio público y privado: se abren así, con el pretexto de permitir la entrada a operadores extranjeros, nuevos espacios a la iniciativa privada, que anteriormente podían quedar excluidos también para los operadores nacionales. La regulación de la protección social se subordina a una exigencia de proporcionalidad, lo que puede reducir su virtualidad protectora del individuo frente a la realización de sus necesidades en el sistema de mercado.

## **6.- La transformación de los instrumentos de intervención administrativa sobre el orden económico**

El Derecho de la Unión establece, por otra parte, ciertas condiciones que deben cumplir las actividades económicas públicas, sujetándolas al régimen de la competencia y restringiendo la posibilidad de establecerlas en condiciones distintas a las del mercado. La aplicación general de las normas de la competencia a toda actividad económica, definiéndose ésta por un concepto funcional que incluye cualquier actividad de ofrecimiento de bienes o servicios al mercado con la que pueda obtenerse un beneficio privado –independientemente de la entidad u órgano que la realiza y de que en la práctica exista ánimo de lucro-, supone la sujeción de las actividades económicas estatales, como regla general, a las normas de la competencia, situando a las empresas públicas y privadas en situación igualitaria. También las actividades que tengan fines sociales, cuando puedan ejercerse en régimen de mercado, quedan incluidas dentro del concepto de actividad económica: el Tribunal ha utilizado sólo dos criterios para determinar el carácter no económico de una actividad, a saber, el hecho de que se trate de una responsabilidad del Estado hacia la población –lo que ha admitido sólo en relación con la educación pública-, y el hecho de que, por las características puramente redistributivas o de solidaridad de la actividad, ésta no pueda por sí misma generar beneficios sin una intervención del Estado –lo que se ha admitido en ciertos sistemas de seguridad social y de salud-.

La sujeción de las actividades económicas del Estado a las normas de la competencia no supone, para los poderes nacionales, la supresión de la facultad de asumir la realización de actividades que se consideren relevantes, ni la eliminación de su posibilidad de organización conforme a los criterios que se estimen oportunos. Pero sí implica, para el nivel estatal, la pérdida de la facultad de determinar el régimen jurídico de estas actividades, que viene ahora establecido por el Derecho europeo: la aplicación de las normas de la competencia, en la interpretación progresiva que ha ido dando el Tribunal de Justicia, supone la prohibición de atribuir derechos exclusivos o especiales que conlleven automáticamente un abuso de su posición dominante, así como la prohibición de la financiación privilegiada de estas empresas. Ello no impide por tanto la realización de la actividad pública, pero exige su desarrollo en condiciones de igualdad con las empresas privadas, debiendo admitirse en el espacio económico la

entrada de actores privados, y quedando las empresas públicas obligadas a competir con ellos en las mismas condiciones.

La sujeción al régimen de la competencia se matiza en relación con los servicios de interés económico general, que pueden ser exceptuados de las mismas si ello les impide la realización de su misión de interés general (art. 106.2 TFUE). La definición de estos servicios depende de la configuración estatal, controlada en sus aspectos externos por el Tribunal de Justicia, pero su presencia no implica una derogación en bloque respecto a las normas de la competencia, sino la definición, por el Derecho de la Unión, de otras condiciones que, a pesar de contemplar una mayor flexibilidad en su organización y financiación, buscan de todas formas asegurar la mínima injerencia de la actividad pública en el mercado. La atribución de derechos exclusivos se admite, así, únicamente cuando ello sea imprescindible para el mantenimiento financiero de la empresa, exigiendo, allí donde sea posible, una separación entre las actividades rentables y aquéllas no rentables, que permita la atribución de los sectores susceptibles de explotación económica a la iniciativa privada y ofrezca una mayor transparencia en cuanto a las necesidades financieras de las empresas públicas. Las condiciones de financiación quedan también flexibilizadas, pero se subordinan al cumplimiento de ciertos requisitos, que aseguran en especial la ausencia de una sobrecompensación del coste del servicio, adoptando como criterio el coste que tendría en una empresa privada y evitando las ayudas que pudieran dar lugar a ventajas y distorsionar la competencia entre empresas. Asimismo, la contratación pública de estos servicios se halla sujeta a las normas europeas: éstas no impiden la exigencia de criterios sociales como condiciones del proceso de licitación, pero no permiten su atribución a actores específicos del ámbito local, que pudieran tener un mayor conocimiento sobre el ámbito concreto de actuación.

La afectación de los instrumentos administrativos estatales deriva, por tanto, de la reducción de las posibilidades de realización de actividades económicas en un régimen jurídico público. Ello resulta en un régimen diferenciado para las distintas actividades, que depende de sus rasgos concretos en cada Estado y de la consideración de su naturaleza económica por el Tribunal de Justicia, lo que impide establecer de forma general la afectación de estos servicios por el orden supranacional. Sí puede verse, no obstante, la tendencia establecida hacia la mayor extensión posible del régimen de mercado: toda actividad que sea susceptible de realizarse por la vía privada deberá

efectuarse conforme a las condiciones de mercado –con una competencia igual entre empresas públicas y privadas-, obteniendo únicamente una flexibilización de estos requisitos cuando ello sea estrictamente imprescindible. El ámbito del sistema económico queda predefinido por el Derecho de la Unión, admitiéndose el régimen público sólo allí donde el mercado no pueda funcionar por sí mismo, y excluyéndose por tanto los criterios de carácter público o de interés general como elementos limitadores del ámbito económico.

### **7.- La transformación del contenido de la procura existencial**

Los desarrollos descritos en el Derecho de la Unión revierten en una transformación de la obligación de procura existencial, que definía a nivel nacional la existencia del Estado social. El ordenamiento europeo no ha establecido, durante mucho tiempo, disposiciones específicas sobre estos aspectos, de forma que han sido sus principios estructurales –las normas económicas, el principio de igualdad- los elementos que han ejercido una influencia sobre las obligaciones que se derivan del marco estatal para el poder público.

La actividad de procura existencial implicaba, en los ordenamientos internos, la realización de una serie de necesidades por el poder público, pudiendo éstas definirse de forma más o menos amplia, y suponiendo una reforma social ligada a la creación de condiciones específicas que, en cuanto suponían una cierta desvinculación del individuo respecto a su situación económica, contribuían a una mayor igualdad real entre los sujetos. La procura existencial, así concebida, conllevaba, además de las facultades habilitadas de intervención en el orden económico, la definición de las condiciones del orden social y económico que debían realizarse –ya fuera por las normas constitucionales o por la ley-, indicando al poder público los elementos esenciales de la configuración social y económica que debía llevar a cabo. El ordenamiento de la Unión afecta a las normas que definen estas tareas, reduciendo ciertos de sus aspectos y ampliando otros de sus elementos: en la medida en que estas normas deben respetar también los principios que derivan de la construcción supranacional, se produce una modificación del contenido original de esta actividad de procura, que sigue atribuyéndose a los Estados si bien con un alcance y finalidad distintos.

El Derecho de la Unión reduce la virtualidad de las normas que definen los elementos de procura existencial, cuando éstas puedan afectar a los principios del mercado. Como se vio, la atribución de derechos prestacionales, en la medida en que suponga la afiliación obligatoria del individuo a un régimen de seguro gestionado por determinados organismos, ha sido admitida por el Tribunal de Justicia sólo si ofrece una protección mínima y la restricción de la libre circulación resulta proporcionada. La atribución de derechos de autonomía laboral, que permitan a los trabajadores una negociación en condiciones de igualdad real frente a las empresas, ha visto reducido su efecto en situaciones transnacionales, considerándose como excepciones a las libertades de circulación. Ello deriva de la reducción de las posibilidades estatales de limitar los elementos del sistema económico, pero afecta al mismo tiempo al tipo de actividades que pueden realizarse: los derechos y obligaciones sociales, en la medida en que impliquen un sistema completamente público o desmercantilizado, quedarán reducidos a un nivel mínimo, salvo que no se consideren actividades económicas o que permitan al mismo tiempo la existencia de un sistema privado en paralelo –perdiendo entonces su carácter completamente público-. Ello parece indicar una vía de procura existencial reducida a las actividades de redistribución, que no supongan una limitación *ex ante* de los derechos económicos.

La actividad de procura existencial resulta, en cambio, intensamente reforzada en lo que se refiere a los contenidos de igualdad y no discriminación, que adquieren una elaboración extensa por el Derecho de la Unión. El desarrollo de este principio adopta en el ámbito supranacional un contenido propio, que se centra en la eliminación de las discriminaciones individuales, focalizándose inicialmente en materia de género y de nacionalidad –a partir de los artículos 157 TFUE y 18 TFUE-, y extendiéndose posteriormente a través del Derecho derivado –en base al artículo 19 TFUE- y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que establece la no discriminación como principio general del Derecho. Ello ha supuesto, para los ordenamientos estatales, el refuerzo de los contenidos de no discriminación a través de una interpretación que obliga a tener en cuenta los efectos de la norma sobre los distintos grupos sociales, si bien el énfasis de la Unión queda reducido al ámbito de las discriminaciones individuales, no implicando una actividad más amplia que pretenda abordar desde la actuación legislativa y administrativa las desigualdades estructurales generadas por el propio sistema económico.

Al mismo tiempo, el Derecho de la Unión produce en la actividad de procura existencial una expansión del grupo de sujetos a los que se atribuye, obligando el Tribunal, también en relación con las prestaciones sociales, a otorgar un trato igual a los nacionales de otros Estados miembros, en virtud de las disposiciones de no discriminación y ciudadanía europea. A pesar de que los Estados pueden exigir todavía ciertas condiciones para la atribución de prestaciones a los sujetos económicamente inactivos –asegurando un vínculo de integración real en la sociedad de acogida-, ello supone una ampliación de las obligaciones nacionales, extendiéndose la actividad de procura existencial de los poderes públicos hacia nuevos sujetos previamente no contemplados. Ello no se aleja, es cierto, del componente económico que define la construcción europea –las prestaciones se conciben como medios para fomentar la circulación de los sujetos que realizan actividades económicas- pero pone de relieve al mismo tiempo la necesidad de ampliar la perspectiva de los poderes nacionales. La ampliación excesiva de los destinatarios, no obstante, puede generar un cierto peligro para el equilibrio financiero de estos sistemas, ampliándose el alcance de la procura existencial pero no generando a nivel europeo un sistema correspondiente de solidaridad entre sujetos.

La modificación de estos caracteres de la procura existencial muestra así una transformación de su comprensión original, que supone la obligación de realizar una actividad estatal con características distintas. Si en la configuración estatal esta procura se orientaba a la realización de una mayor igualdad en la sociedad, limitando y corrigiendo a través de la satisfacción pública de necesidades las desigualdades sociales que generaba el mercado; el potencial de reforma social que contenía esta actividad se desactiva con su configuración por el Derecho europeo, que limita la prestación pública a la mínima afectación del mercado, exigiendo, además, su ampliación a todos los ciudadanos europeos. En la medida en que el Estado debe únicamente realizar las actividades de apoyo al individuo que no supongan una restricción del mercado, esta actividad debe poder extenderse a todos los ciudadanos europeos, de acuerdo con la expansión del sistema económico al que acompaña y en el que se mueven los individuos.

Los derechos sociales quedan, en este marco, concebidos como elementos al servicio de una mayor movilidad individual, perdiendo, con su atribución sobre una base estrictamente subjetiva, su componente de reforma social y colectiva, y su vinculación

a una actividad de redistribución que tiene como base todavía actualmente las comunidades nacionales. Los elementos sociales pasan a considerarse parte necesaria del funcionamiento del mercado, lo que lleva a su aceptación y a una cierta incorporación de principios sociales al ordenamiento europeo, pero ello supone al mismo tiempo su necesaria adaptación a los requerimientos del sistema económico, al que quedan subordinados: la flexibilidad y acomodación de los derechos sociales aparece en esta perspectiva como aspecto natural, contribuyendo a la mejora del funcionamiento del mercado, ante las dificultades que éste afronta en el marco de la globalización actual.

### **8.- La transformación del fin de igualdad del poder público**

Los desarrollos descritos producen una transformación en el fin del poder público, que se entiende ahora orientado a objetivos distintos, afectando a la propia concepción del Estado. Si en el plano nacional el poder aparecía, tanto en los sistemas nórdicos como continentales, orientado por el Derecho hacia la realización de un fin de igualdad real, que proporcionara a los individuos una mayor posibilidad de satisfacción de sus necesidades en sus relaciones con otros –lo que implicaba una reforma social que exigía la intervención pública en la sociedad-; el ordenamiento europeo contiene una idea distinta de igualdad, en que la integración de los individuos y sus posibilidades reales de desarrollo se basan en su igual capacitación para la actuación en el mercado, lo que se consigue especialmente a través de su formación y de la eliminación de las discriminaciones que, por motivos personales como la raza, el sexo o la edad, pudieran impedirles el goce de iguales oportunidades.

La percepción distinta de la realidad social, que ha evolucionado a lo largo del siglo XX, conduce a una construcción de la igualdad entendida como “capacidad” del individuo, no debiendo éste constituir un mero receptor de ciertas condiciones o actuaciones públicas, sino capacitarse para entrar en el mercado y gozar de sus beneficios en condiciones de no discriminación respecto a otros. La desigualdad social no deriva, en esta concepción, del propio funcionamiento y estructura del sistema económico –en definitiva, de la distinta posición de los individuos respecto a los medios de producción y de la naturaleza-, sino de la desigual habilidad de los sujetos frente al mercado, considerándose que todos ellos pueden, si gozan de unas mismas condiciones de partida, actuar como empresarios o trabajadores en el sistema

económico, obteniendo una cierta integración en la sociedad y la seguridad que requieren. El poder público no debe, en esta perspectiva, actuar para modificar las condiciones naturales del orden social y económico, sino adaptar la situación del individuo a las necesidades que derivan del mercado: la formación deviene el instrumento esencial de intervención pública, atribuyendo iguales oportunidades de capacitación a todos los sujetos, y previéndose una cierta seguridad en el mercado laboral, ante el paso de una situación contractual a otra.

El fin de igualdad que orienta la actuación del poder público se reduce, así, a una igualdad de oportunidades en el mercado, que no incluye la realización de correcciones activas del sistema económico, ni la previsión de instrumentos que permitan la realización de objetivos sociales o generales ante el interés individual de los distintos actores. La eliminación de las discriminaciones individuales constituye el núcleo de esta concepción, exigiendo al poder público una actuación de mantenimiento de la igualdad de opciones de todos los sujetos, y la supresión por tanto de los obstáculos que impidan a ciertos colectivos, por sus características personales, su inserción en el sistema económico. Pero ello supone, no obstante, una modificación de las condiciones de comprensión estatal de la igualdad, que exigía al poder público una actuación mucho más extensa de intervención y reforma social: el fin de igualdad no incluye ya un objetivo de modificación del sistema económico y las estructuras sociales, que pueda ir más allá de la paliación de sus efectos, sino que se reduce al acompañamiento de este propio sistema, que se considera en sí mismo aceptado como portador del interés general, a través del ejercicio individual de los derechos económicos.

No es por tanto el propio principio de igualdad a nivel de la Unión lo que impide la realización de actuaciones nacionales con un fin de igualdad real más comprehensivo, sino la concepción del orden económico que el sistema supranacional contiene, que limita y dificulta estrictamente esta actividad, exigiendo la mínima afectación del sistema económico. La igualdad real puede realizarse únicamente por los medios que no afecten excesivamente a los principios del mercado y con un contenido que no suponga una limitación desproporcionada a los derechos económicos, lo que implica su reducción a la satisfacción de las necesidades básicas, y la exclusión de una reforma más amplia que pudiera conllevar la modificación de las estructuras sociales y económicas existentes. La apertura de estas posibilidades en las constituciones

estatales, que dejaban al ámbito de lo político la concreta configuración del orden social y económico –señalando sólo ciertas condiciones y límites-, queda cerrada por el sistema de la Unión, que opta directamente por un concreto contenido de la misma: la reducción del espacio de lo político implica, al mismo tiempo, la limitación de las posibilidades de realización de lo social, que dependen en esencia de la valoración legislativa del interés general y de la articulación de las medidas correspondientes.

### **9.- La transformación de la relación entre poder público e individuo: el proceso hacia una nueva forma de Estado**

La modificación de los elementos descritos transforma la relación entre poder público e individuo, alterando las obligaciones que el Estado tiene respecto al conjunto de la sociedad. La distinta concepción de la igualdad y del orden económico a nivel europeo, que revelan una mayor confianza en el funcionamiento autónomo de la esfera social y económica, revierte en una nueva modelación jurídica del Estado, que integra los elementos del orden supranacional y de los sistemas nacionales. El acuerdo constitucional que representaba la base del Estado social queda así transformado, manteniéndose formalmente su contenido, pero adquiriendo el poder público nuevas obligaciones respecto al orden social y económico: la combinación del ordenamiento supranacional y el marco estatal da lugar a una forma jurídica distinta, en la que se mantienen las obligaciones de procura existencial e igualdad real, pero cuya realización y contenido se circunscriben a las vías que respeten en mayor medida el libre funcionamiento del mercado.

Ello implica el mantenimiento de una cierta función social del Estado, pero la reducción de su contenido y la limitación de sus mecanismos de realización. La intervención del poder público queda configurada como una actividad auxiliar al mercado, dirigida a garantizar los componentes que aseguren su propio funcionamiento, obteniéndose la igualdad y realización personal del individuo a través del propio sistema económico. Este sistema se incorpora así como elemento realizador de la igualdad y la protección social, modificando las obligaciones del poder público en relación con la esfera de la sociedad: es la propia garantía de los elementos del mercado lo que contribuye a la realización de los objetivos sociales, transformándose por tanto las actividades públicas sobre el orden económico, que exigen únicamente su

aseguramiento y la realización de un control sobre las actuaciones que puedan amenazarlo.

Este efecto del ordenamiento de la Unión puede verse, por un lado, como una diferencia sólo de grado –rebajando el nivel de intervención pública y la actividad de protección social-, o incluso como una mera modificación en el modo de realización de esta forma de Estado, que no cuestiona las actividades sociales sino que exige sólo su transparencia, admitiéndose las actuaciones de redistribución pura y aquellos servicios y prestaciones que no sean sobrecompensados. Pero si ello es así en cierta medida, supone, en la práctica, una alteración de la propia premisa sobre la que se basaba el Estado social, transformándose el alcance y contenido de su actividad sobre la sociedad: el sistema de la Unión no permite, al poder público, la decisión sobre la configuración del mercado en atención a intereses sociales o generales públicos, más allá de ciertas excepciones que se contemplan de forma reducida. El Estado pierde su capacidad de realización de la igualdad real y la reforma social, adoptando una forma jurídica elástica, en que la actividad social debe adaptarse a las necesidades del orden económico pre-constituido.

Ello constituye ya, no obstante, otra forma de Estado, en la que la relación del poder público con el individuo responde a caracteres distintos. La protección social adquiere un rol paliativo, que actúa como complemento del mercado, perdiendo su virtualidad limitadora y condicionadora del poder económico, y sin que esta capacidad se recupere a nivel de la Unión por el poder público. Si ello puede considerarse una evolución legítima, en la medida en que se estime que el ordenamiento europeo responde a los cauces pertinentes de expresión democrática o constituyente de este nuevo sistema –lo que sin duda genera dificultades-, supone en todo caso una modificación de las opciones constitucionales existentes en los ordenamientos internos, reduciendo los contenidos y fines establecidos en estos textos, y añadiendo otros distintos para el poder público.

La primacía absoluta del Derecho de la Unión hace difícil la resistencia de los Estados ante este proceso, cualquiera que sea su forma de articulación jurídica –a través de la Constitución o de la vía legislativa-, y el modo de reconocimiento de los contenidos sociales –en forma de derechos o de obligaciones objetivas-. Ello revela la menor importancia de la forma de los elementos materiales del Estado social –que dependen en esencia de la vía democrática- y la relevancia de la concepción limitada de los

derechos económicos, que habilite amplios instrumentos de intervención en la economía para la realización del Estado social: los estados nórdicos tienen, a este respecto, una mayor posibilidad de resistencia, dada la concepción tradicionalmente reducida de los derechos económicos y la amplia habilitación de la intervención del poder público por la vía redistributiva, que no resulta afectada por el Derecho de la Unión; los estados continentales, más dependientes de la actividad administrativa y reguladora pública *ex ante*, se hallan sujetos a un amplio proceso de adaptación, en el que ven limitados sus mecanismos tradicionales de intervención sobre el sistema económico, con una más difícil posibilidad de oposición.

Este proceso de transformación del Estado social debe verse, no obstante, como resultante de una evolución no atendida inicialmente, ligada a una acumulación de procesos y desarrollos diversos en el nivel europeo, cuyo resultado puede ser cuestionado, no constituyendo una condición indispensable de la construcción europea si ésta se piensa como formación de un ente político. La conveniencia y aceptación de esta evolución debe ser objeto de reflexión por la ciudadanía y los órganos públicos, pudiendo articularse vías, si se considera oportuno, que permitan evitar e invertir los desarrollos descritos, manteniendo el Estado su capacidad de realizar una función social en el marco de una nueva construcción supranacional. Ello exigiría, en particular, una reformulación de los caracteres del orden europeo, que limitara su aplicación al ámbito competencial de la Unión y permitiera recuperar la interpretación inicial de los principios del mercado, quedando exentas las actividades sociales del Estado: el mercado único a nivel supranacional podría combinarse, así, con la actividad social del Estado a nivel nacional –y en los distintos niveles territoriales–, quedando el espacio económico común sujeto a las distintas limitaciones que impusieran los poderes nacionales en virtud del interés general o social. La incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales al Derecho primario de la Unión podría constituir una vía de avance en este sentido, reconociendo una serie de derechos y obligaciones sociales que, al menos en forma negativa, podrían vincular a las instituciones y órganos de la Unión.

Esta construcción implicaría, aparentemente, un nivel de integración económica de menor intensidad, debiendo las empresas soportar las regulaciones y actuaciones diversas de los Estados miembros, y teniendo mayores dificultades para circular y competir a escala europea. Pero ello sería así sólo en la medida en que no se hallara a

nivel de la Unión un acuerdo sobre una regulación común de los distintos ámbitos económicos, lo que impulsaría la construcción de una verdadera esfera pública europea, capaz de establecer regulaciones comunes sobre el mercado y de incorporar de forma efectiva otros valores a través de la vía política. La reducción del alcance de los principios del mercado supondría una matización de los efectos de la integración negativa, para potenciar la integración positiva a través de la regulación y la negociación política entre los Estados: ello permitiría la coexistencia de una actividad social realizada a nivel estatal, dependiente de las opciones políticas y constitucionales existentes, y de un mercado integrado a nivel europeo, sujeto a la regulación pública de los órganos de la Unión conforme a las opciones políticas predominantes en la esfera europea. El Estado social podría así mantener sus rasgos esenciales, cediendo las facultades reguladoras del mercado general al nivel de la Unión, pero conservando a nivel nacional también los atributos que le permiten la realización de la actividad social.



## **SUMMARY (IN ENGLISH)**

The object of the thesis is the study of the “Social State” form and the transformations produced on it by European Union law. The integration of European States in a supranational legal order with a particular content and form has implied a deep change in national structures, which raises the question as to what extent the structures related to the Social State have particularly been affected. However, the analysis of this transformation requires a previous study to establish what are the features of this form of State: the first aim of the thesis is to explore this question, which has not been extensively covered by legal doctrine, whereas the second aim, departing from the previous analysis, is to determine the concrete sense of the changes occurred in the features of the Social State by the effect of European Union law.

With this double aim –the definition of the constitutional features of the Social State and their transformations-, this thesis is divided into five chapters, where the analysis of this form of State at a national level takes a more extensive place, given the diversity of legal systems to be dealt with and the lack of a uniform vision of the Social State. The legal orders envisaged are those with a higher degree of perfection and maturity of their legal institutions and concepts, including, on the one hand, the Scandinavian systems –especially Sweden-; and on the other hand, the continental countries –especially Germany, France and Spain-. Both groups of systems are part of the civil law family, allowing a greater conceptual uniformity in the categories of analysis. By contrast, the common law systems are excluded, since their particular characteristics would not enable a comparison in similar conceptual terms, and their inclusion would have meant a work of construction and translation between legal families that, although probably interesting, would have extended excessively the object of analysis.

The study of the national systems is carried out through the confrontation of the two main models of Social State in the European area –the Nordic model and the Continental model-, by analysing their features through various categories. Although variations may exist inside each model, at a general level the legal construction of the Social State shows a distinction between these two blocks, bringing to light the different ways of establishing and configuring this form of State. In particular, the “material features”, the “formal features” and the “legal articulation” of these two models are analysed, showing the different perspectives of construction of this form of State, and their respective problematic.

The expression “material features” of the Social State is used to name the norms and legal principles that give a substantive orientation to the public action of social and economic configuration. Beyond the guarantee of freedom and security of the Liberal State, the Social State

implies an action which alters the free operation of the social and economic order. The legal order contains a series of axiological principles and more concrete norms –social rights or obligations, economic rights with a social function-, that indicate to the State the aspects to be realized in the social sphere.

The “formal features” of the Social State are the instruments or powers attributed to the public power in this form of State, which serve to the realisation of the material aspects in the social and economic order. These are, in particular, the regulating powers that allow legislating on private activities; and the powers of public intervention in the economy, which enable the State to assume economic activities and services on its own. Financial and spending instruments are, by contrast, not included in the study, since they are considered as a consequence of the material and formal norms, being thus excluded by the moment, in order to preserve the length of the work.

The “legal articulation” of the Social State concerns the way of determining the different features of this form of State, which can emphasise their constitutional status or establish them through legislation. The different conception of the Constitution in both models, and the diverse philosophical dominating schools, have led to a different mode of determination of the material and formal features in each model, generating opposed legal forms of Social State. The problematic related to the guarantee of the Social State through law is found, nevertheless, in both systems: both the pure democratic guarantee and the constitutional guarantee have found important problems to assure the social activities of the State.

The first chapter of the thesis focuses on the historical roots and the processes which led to the legal construction of the Social State, in order to analyse the factors that originated a change in the fundamentals of public power and its characteristics. The Social State is found to have a common origin in both models, which can be situated in the failure of the Liberal State to deal with the social problems generated in the industrial society. The position of the individual, which loses its dominated space and has to satisfy its needs in the social space, through economic and social relationships, brings about a change in the characteristics and tasks entrusted to the public power, which is now justified, beyond the aim of freedom and security, by the guarantee of a certain social security to the individual, in the form of different actions that provide him with better means to satisfy its needs, and integrate him in society. Despite the different answers to the social question in each model –the Nordic model giving a democratic and inclusive answer, and the Continental model focusing on a more conservative and individualistic scheme-, both groups of States show a transformation of the functions, ends and means of the public power, which result in the formation of a new form of State.

The second chapter deals with the Nordic model of Social State, analysing its legal articulation, and its material and formal features. This model shows a construction of the Social State which is not based on a constitutional norm, but which has its foundations in the social and political agreements of the 1930s, that have acted as the legal frame for the social agents and the political parties in most of the twentieth century. The weak form of constitutionalism in these countries, together with the influence of the Scandinavian realists and social democracy in the conception of individual rights, have led to a determination of the material and formal features of the State through legislation and collective agreements, away from the constitutional norms. The orientation of the State to the principle of real equality, which can be seen in the long dominating Social democratic thought, has resulted in a wide recognition of social rights and obligations through legislation, with a particular system of institutional guarantees. The narrow conception of individual rights, and especially of the economic rights –the right to property and the economic freedom-, has allowed a wide intervention power in the economic sphere by the State, which has been able to use large regulatory powers –particularly by tax law and redistribution of income-, and to intervene actively in an administrative form, assuming the task of public services and discouraging private activities in the same fields.

The third chapter of the thesis turns to the Continental model of Social State, examining the same three categories by comparison to the Nordic model. The Social State has been based, in these countries, on a specific constitutional architecture, which has placed the potential for the individuals' integration in the constitutional texts, by establishing certain values and material features to which they adhere and accept. The evolution of the Constitution, from a mere formal and positivistic notion to a concept based on its material content and values, has allowed the effective guarantee and acceptance of its supremacy in the second half of the twentieth century, and the firm establishment of the features of the Social State. The main guiding principles of this model appear to be permeated by the principle of real equality, which can be found explicitly in certain constitutions, and modifies the interpretation of the general principle of liberty. The constitutions include a number of social rights, on an individual base, and recognise some economic rights with a limited content, making it possible to adapt and develop them according to the general need and to their social function. The fundamental norms also lay down some rules about the instruments of the State to act in the economic sphere, establishing the scope and limits of these powers, and recognising instruments such as planning, regulation, public initiative or nationalisation.

The particular features of each model provide important tools to understand their specific logic, but can also highlight their common underlying principles, which shape the European form of Social

State. Chapter four extracts the content of these common principles on the basis of the previous analysis, in order to establish the integrating features of this form of State. The Social State is found to have a particular democratic and consensual basis, which can take several forms but contains the acceptance of the majority of the population. The agreement that forms this basis reflects, in any case, some well-defined underlying principles, which focus on the principle of real equality, and boost the State into an activity of “existential procurement” (*daseinsvorsorge*) in which the satisfaction of the needs of the individual is taken as a means for social reform. The existence of some formal instruments which are provided to the State, enabling its activity of intervention in public economy, appears to be another fundamental feature of the European Social State, which presupposes a limited conception of economic rights that permits its internal limitation. In addition, the opposing forms of legal articulation in both models show a certain convergence, which seems to lead to a mixed form of guarantee of the Social State: this has to be based, it is suggested, on a close cooperation between the Constitution and legislation, allowing the Parliament to develop and concretise social rights, but establishing a firm control of this legislation by the Constitutional Courts.

The constitutive features of the European Social State are in Chapter five taken as a basis for the analysis of the effect of European Union Law. The study of the European legal order focuses on Primary law and the case-law of the European Court of Justice, where the structural principles of the Union are established. The supranational order is considered as a part of the national legal systems, so the concepts of integration or conferral of powers are not specifically tackled, taking the European order as a given set of norms and principles, to analyse their concrete influence on the features of the national Social State.

The analysis of the European legal order starts by giving a temporal perspective, in order to show the evolution of the European system from an exclusively market-centred entity to the progressive incorporation of other aims and competencies. However, this analysis shows that the importance of the market objectives remains unaltered, and that other social norms have not been incorporated to the Treaties with the same legal force. This appears in part logical, if we have in mind that the European Union does not have the competence to establish social principles with direct effect and primacy on the national orders, but in practice it leads to large problems due to the unrestrained effect of the economic principles on national activities and regulations. The influence of the European legal order is deemed to affect the features of the Social State through the establishment of obligations in the economic field—especially through the economic freedoms and the competition norms-, and of other norms concerning the social field—in particular, the free movement of workers and citizens-.

The effect of these norms of European law appears to modify the essential structure of the national Social State, as it provides the public power with different aims, and restricts the means it has for the realisation of social activities inasmuch they affect the autonomous operation of the single market. The strong conception of the economic norms in the European level, together with the need to maintain certain uniformity in the regulations and activities of the different Member States, leads to a situation in which the national State loses its powers to intervene and these are not recovered –at least not with the same strength- at the European level. The strong conception of the market and the virtues it has to realise the general interests of the individuals has changed the premises on which the Social State was based, resulting in an important transformation of its structure: the influence of the European order on the national norms which establish social rights and obligations is analysed, as well as its effect on the possibility of using the traditional public instruments and the changes it produces in their scope and content.

## **CONCLUSIONS (IN ENGLISH)**

### **1.- The tension between transformation and conservation of the Social State**

The Social State has suffered a deep transformation of its constitutive features through the process of European integration, which have been modified in the light of the obligations of the public power stemming from the European legal order. These changes have attributed a new form and content to the national powers, and by this have brought to light the original features that used to define the Social State, which are revealed in all its expression when they are modified or altered. The tension between transformation and preservation contributes, in this way, to a more precise definition of what has long been understood as the Social State: its crisis illuminates its original understanding, allowing to see more clearly the integrating features of its legal form in its initial moment, and enabling to determine the sense of the changes occurred in this form of State.

### **2.- The constitutive features of the Social State form in the European legal orders**

The Social State has been built in the European legal orders along two different models, which are opposed concerning their legal formulation, the concrete content of social protection, and the instruments the public power uses. In both cases, the Social State emerges as a new foundation of power in front of the failure of the Liberal State to deal with the social question, taking into account the individual in its concrete circumstances and the social space where it has to satisfy its needs. The State adopts progressively new aims and means for its action in the social and economic spheres, in order to realise some conditions that do not follow automatically from their autonomous functioning, but are essential for the real integration of the individuals: the formal proclamation of rights and of the equality principle appear to be insufficient, requiring an effective realisation of these contents, which demands, beyond their normative recognition, an activity of modification and reform of the natural conditions of the social and economic order.

The new form of power emerging from these processes has different features in both models, in view of the different answers given to the social problematic and the varying legal and philosophical schools that dominate in each area. On the one hand, the Nordic model appears as a non-constitutional variant of Social State, based on the political and social agreements adopted in the first third of the twentieth century, which have acted as a frame for public activity and for the social agents for a long period. The weak normative conception

of the Constitution, and the low acceptance of individual rights by the Scandinavian realists and the Social democratic stream –which preferred to have unlimited possibilities of social reform through legislation-, have led to a Social State which is oriented to real equality and to the covering of individual needs, but is highly dependent on legislative and administrative activity: the public power has enjoyed a hardly limited power of intervention, since the economic rights have not been understood as limits to the social and economic configuration, enabling an intense activity of social reform, especially through redistributive means.

By contrast, the continental construction of the Social State appears as a model which places emphasis on the individual situation of the subject, and has been established through the adoption, by the constitutional norms, of an integration function, by recognizing certain values and material features that justify their acceptance among the citizens and allow establishing their normative supremacy. The evolution of the Constitution, from its purely positivistic notion to its understanding in a material sense –as an agreement of the population around certain values and substantive norms- leads to a foundation of power which is based on the normative incorporation of social contents to its activities (rights or obligations), and of social rights with a social function and an essentially limited status. The guarantee of social contents from the Constitution has been problematic, since the classic categories are not adapted to the particular characters of these rights, but the Courts have progressively found ways of concretising their meaning, in close cooperation with the legislator, requiring in most cases its intervention to develop and organize these rights – when the benefits are not concrete in the Constitution-, but finding ways to apply a certain control and impose limits on its legal concretion: this is the case with the application by the Constitutional Courts of criteria of reasonableness and coherence to social legislation, and especially with the application of the non-regression principle to evaluate the proportionality of eventual limitations of their content. On the other hand, the recognition of economic rights, subject to the limitations established in the constitutional frame, entails enabling the instruments of public intervention in the economy, through regulation and through the assumption of economic activities by the State, whether by means of public initiative or by the powers of reserve and nationalization of goods and services.

The two models of building the Social State, with their different legal architecture, reveal nevertheless common features in the shaping of power, allowing to deduct a series of principles which serve to explain the constitutive elements of this form of State. This is especially clear concerning the material principles which guide the public activity, as we find

in any case a principle of real equality which stems from the legal orders, and which is linked to an activity of “existential providing” (*daseinsvorsorge*) that demands the satisfaction of certain needs of the individual. This activity of providing constitutes, with a larger or narrower definition, the way to transform the existing social and economic order, through the realisation of certain conditions by the public power which allow the individual some relief in respect of his economic subjection: be it with the attribution of goods, services, economic transfers, or possibilities of labour conflict in equality, this activity entails the alteration of the natural order of the market and private relationships, conferring every subject a certain security in the social space, that enables them to obtain what they require in a more equal situation.

The conception of the public instruments is also similar in both models, deriving from the particular understanding of the foundations and legitimacy of power in relation to the individual. While the recognition of economic rights follows two opposing ways in both systems –departing in the Nordic States from an absolute social function that denied their individual protection; and starting in the Continental States from a liberal conception which is weakened with the recognition of their social function-, in any case a limited conception of these rights is adopted, which enables the public power to intervene on their content and exercise. The two models contain, albeit in different forms, a permission of the formal instruments of the State in relation to the social and economic order: this allows the regulation of the content of these rights according to the general interest and their social function, as well as their limitation deriving from the exercise of administrative activities of the State, which entail the powers of public initiative and of application of a specific legal regime to the activity of the State –limiting in this way the market order and even excluding completely the private initiative-.

These material and formal features conform, altogether, the legal form of the Social State in the European States, being closely interrelated. But the confrontation of both models shows, in addition, different possible modes of legal articulation, pointing out the dispensable character of the constitutional recognition of social rights, when there are other mechanisms in the legal order that allow the realisation of the public activity in relation to society. Actually, the constitutional configuration of power appears, by contrast to the Nordic model, as a limiting form of Social State that, although providing some means for its guarantee, at the same time imposes limits and restrictions on it –in particular with regard to the economic rights-. The constitutional form entails an individualistic conception, based on the guarantee

of social subjective rights, but this enables only a narrow social collective reform, since the limits in respect of the economic system appear in a clearer way.

However, the evolution of both models seems to lean towards a form of the Social State which integrates aspects of the constitutional and the legal guarantee, in a relationship of collaboration which enables the protection of individual rights and the realisation of a certain activity of reform and social transformation at the same time. The evolution of the Scandinavian systems towards the constitutional model in the last years –in particular by the influence of the European Convention of Human Rights and European Union law-, together with the establishment of forms of collaboration between the Constitutional Courts and the legislator in the Continental model, lead to a legal form of power that has its bases in the constitutional texts –in particular, in the limited conception of economic rights and the permission of intervention instruments-, and which depends largely, in its social configuration content, on the democratic guarantee, that has to specify the elements established by the Constitution. The legal form of the Social State has to be understood, it is suggested, as a complex articulation between Constitution and legislation: the fundamental norm maintains its essential negative function –which has to be taken seriously in relation to social rights, exploiting its possibilities- and lets a larger margin to the legislator in the positive activities, which, without denying the possibility of control, does not have to be seen as a form of unprotecting the individual, but as a guarantee of correspondence with the majoritarian opinions in society.

### **3.- The point of departure for the transformation: Constitutional Law placed as a guarantee of the features of the economic order**

The process of modification in the legal form of the Social State starts in a change of function of Constitutional Law, which takes place through the evolving construction of the European legal order and its relationship to the Member States. While at the national level Constitutional Law has progressively incorporated the essential features of the social and economic order that have to be realised by the State, considering the sphere of society as a whole in which the social and economic aspects are interconnected –the Constitution establishing only its essential features-, the supranational construction in the European order has adopted a different perspective, basing the integration on market building, and shaping the Treaties with an almost exclusively economic content which is constitutionalised. The elaboration of the principles of direct effect and primacy by the European Court of Justice, which establish a sort of formal constitutionalisation of the supranational order, entails the formation of a Law that determines the legal form of the power of the States and the Union

organs, but which is materially focused on the economic elements: the Union's configuration and the role of the States in it is based on the aspects of the market, which determine the possible political options, imposing a concrete content to the public powers.

Thus Constitutional Law adopts, in the Union's area, a function of guarantee of the established economic system, providing for the different constituted powers varying functions in view of its assurance. The absence of a constitutive agreement in a proper sense, and the formation of this legal order with special characters through the interpretation of the European Court of Justice, have led to the creation of a legal system endowed with a great legal force in relation to the States, but the structural principles of which, established by the Treaties, refer solely to the configuration of the economic order and the respect of the principle of equality in inter-State situations. The legal order of the Union contains, in this way, a pre-established idea of the economic system to be realised –which has been agreed among the different Member States-, whereas it does not provide, beyond equality, any binding aspects on the configuration of the social order that has to be achieved: social aspects are considered to belong to the political area, depending on each State, and they do not need to have a specific provision in the Treaties that give shape to the European Union.

This seems to respond to the competence division between the Union and the Member States, but entails in fact an option for a concrete configuration of the supranational order, which breaks with the incorporation of social contents and with the conception of the economic rights in the constitutional texts of the States. The evolution of the Community and its legal principles were developments maybe not foreseen at the beginning, but this configuration of the Treaties has led, later on, to a political entity ruled by the market principles, which have been progressively extended and constitutionalised, whereas the attempt of incorporating other contents with the same binding force has failed. The function of Constitutional Law is not any more to establish the range of possible political options for the public powers in the configuration of the social and economic order, but to indicate precisely the aspects these have to realise in the economic sphere, the market system being pre-constituted and imposed to the public organs.

Constitutional Law loses, in this way, its integrative potential, which was placed in the realisation of certain values and material features that generated the adherence and acceptance of the citizens. The legal form of the Social State, resulting from a balanced recognition of social and economic features –which allowed a series of options of social and economic configuration to the national powers-, is now altered by the constitutionalization of a legal order based on different material requirements, which determines the possible

actions of the public power and the ends and objectives this has to achieve departing from its conception of the economic elements. The attribution of an almost constitutional character to a Law that does not respond to the same preconceptions of legitimacy as the States makes the acceptance of this transformation difficult, and even if it does not deny the legitimacy of this source –which does not need to follow the same parameters as the States and is endorsed by the approval of the Treaties-, points out the different function of Constitutional Law, which is not conceived here as a source of integration of the citizens, but as an element of approaching the States: this explains the absence of a true constitutive process, and the legitimation of this Law by its results, containing a different idea of the values and material features and of the instruments the State can use.

#### **4.- The break of the limited conception of the economic order features**

The configuration of the Union's legal order in the terms explained entails the establishment of the internal market as the central aim of the European construction, the elements of which –the freedoms of movement and the competition norms- acquire a privileged status. While initially these provisions were interpreted flexibly by the Court of Justice, admitting its restriction by the States when the aspects engaged were not closely linked to the supranational market, later on its scope of application has been extended, considering as possible restrictions of the Treaty every national action which can suppose, directly or indirectly, actual or potentially, an obstacle to free movement or competition, or that can make the exercise of these rights less attractive, even if they do not refer to the area of competence of the Union.

The transnational dimension added to the economic rights –the economic freedom and the right of property- by the faculties of movement and competence entails the reduction of the possibilities of limiting these rights by the national powers, inasmuch their exercise has a potential connection to free movement or inter-State competence. The social function of these rights disappears with their transnational dimension –this being recognized only when the supranational organisation of the markets demands it-, considering the very individual exercise of these faculties as leading to the realisation of the general interest, and thus admitting very few limitations by the public powers. The Treaty provides a series of reasons that can justify a derogation in the case of the freedoms of movement, that have been extended by case-law, and contains a *de minimis* exception to the competition rules, as well as an exception concerning services of general economic interest, but the assessment of these possible restrictions has been strict by the Court of Justice, evaluating in a demanding way the adequacy and proportionality of national measures.

This supposes the loss of the limited character of the content and exercise of the economic rights in their transnational dimension, which affects also their internal configuration. Since it is nowadays difficult to find economic areas which are not connected, at least potentially, to the markets of other Member States, the States have reduced possibilities of restricting and regulating the exercise of the economic rights, being their activities subject in any case to the control of the European Court of Justice in relation to the market principles. The agreement on the characters of the economic supranational order among all the States demands a uniform interpretation of its features, that prevents to each of them from excepting its features unilaterally; but this entails, at the same time, conferring decisions about the level of regulation admitted in the economic rights to the European Court of Justice, as the striking down of national regulations means a correspondent de-regulation that can hardly be replaced at the Union's level. The constitutional options of the States, which usually allowed broad possibilities of regulating this rights in virtue of the general interest, are now subordinated to their compatibility with the interest of the Union, which is mainly placed in the construction of the single market –even if this implies a market with a lower degree of public regulation-.

#### **5.- The transformation of the instruments of regulation of the economic order**

The position of the economic features at the centre of the legal system of the Union entails the reduction of the regulating instruments of the State that involved public intervention in the economic sphere. Since every State action on the market can constitute a potential obstacle to the rights of movement and competition at the supranational level, these actions have to adapt to the principles of European Union law, which does not imply their complete suppression, but the transformation of their content. European law establishes certain requirement which reduce the possibilities of unilateral regulation by the Member States, affecting the possible content of the regulating activity and its potential of limiting the market. This transforms the classic instruments of public power in the Social State, indicating the need to realise its objectives through other ways.

The regulating instruments are strictly limited by European Union law, which reduces the State possibilities of establishing regulations of its own on different areas of the social and economic sphere. The large concept of restriction of the economic freedoms, together with the principle of mutual recognition, forces the States to verify if the regulations of other Member States contain essentially similar conditions and guarantees before they adopt a certain norm on products or services, and to admit the products and services commercialised in them in that case. The burden of verifying and proving is placed on the public powers,

establishing a presumption in favour of the similarity of regulations, easing the movement of the companies and imposing an additional difficulty to the public regulation. This is aggravated, in the field of the general economic regulation, by the submission of all the regulations that can affect inter-State commerce to the control of justification and proportionality by the Court of Justice: even the regulations about use and selling arrangements of products, which had been long admitted by the *Keck* line of case-law, have been considered recently as restrictions to free movement, limiting the possibilities of the States to regulate the market.

The reduction of the possibilities of regulation affects especially the labour sphere, where these instruments have traditionally been used for the realisation of social objectives. The attribution of social rights of autonomy to the collective subjects –which permit the private regulation of labour conditions-, as well as the regulation of the labour conditions by the public power, are subject to the respect of the principles of the market, and cannot affect excessively the free movement of the economic actors. The exercise of collective conflict rights is subordinated to a demand of proportionality and an evaluation of its objective by the Court of Justice in transnational situations. The same takes place with regard to the public regulation of labour conditions, which can neither impose conditions which prevent *ex ante* the exercise of free movement, nor make economic activity difficult once these freedoms have been exercised. This implies, however, a denaturalisation of these instruments, which cannot in these terms fulfil their classical function: the subordination to the minimum affectation of the market principles is contrary to their proper ends, which was traditionally placed in their capacity to condition the power of the economic subjects, and determining the development of economic activities demanding acceptable conditions for workers.

A similar situation occurs with the instruments of regulation of benefits, whose attribution and managing has to be configured according to the freedoms of movement, allowing the entry of economic subjects from other Member States. This demands, in the case of compulsory assurance schemes which are attributed to concrete entities, that benefits are maintained in a proportionate level, allowing the individuals to complement them through voluntary private schemes. The regulation of social compulsory protection is lowered in a level in which it does not constitute an excessive restriction to free movement, but this supposes in practice the demarcation by EU law of the separation between the public and the private space: new spaces are opened in this way to the private initiative, pretending to open them to allow the entry of other foreign actors. The regulation of social protection is

subordinated to a demand of proportionality, which can reduce its protective virtue of the individual in front of the realisation of its needs in the market.

#### **6.- The transformation of the instruments of administrative intervention on the economic order**

European Union law establishes, on the other hand, certain conditions that have to be met by the public activity, subjecting them to the regime of competition and restricting the possibility of establishing them in different conditions than the market ones. The general application of the competition rules to all economic activity, which is defined by a functional notion including every offer of goods or services in the market which can generate a private profit –independently of the entity that realises it and of the existence of a profit aim-, entails the subjection of economic State activities as a general rule to the norms of competition, placing public and private companies in a situation of equality. The activities with social aims can also be included in the concept of economic activity when they can be exercised in a market regime: the Court has only used two criteria to determine the non-economic character of an activity, in particular, the fact that the activity is a duty of the State towards the population –which has only been accepted in relation to public education-, and the purely redistributive or solidaristic character of an activity, that cannot generate profit by itself without the support of the State –which has been admitted in certain systems of social security and health-.

The subjection of the economic activities of the State to the competition rules does not mean, for the national powers, the suppression of the faculty to assume the realisation of activities considered relevant, nor the elimination of their possibility of organisation according to the criteria which are deemed proper. However, this implies, for the national level, the loss of the power to determine the legal regime of these activities, which is now established by European law: the application of the competition norms, in the progressive interpretation given by the Court of Justice, supposes the prohibition of attributing exclusive or special rights that entail an automatic abuse of dominant position, as well as the prohibition of privileged financing of these companies. This does not prevent the realisation of public activities, but requires its development in conditions of equality with private companies, with an obligation to admit the entry of private actors in the economic space and to compete with them in the same conditions.

The subjection to the competition regime is weakened with regard to services of general economic interest, which can be excluded from these rules if that impedes the realisation of

their mission of general interest (106.2 TFUE). The definition of these services depends on the State, and is controlled in its external aspects by the Court of Justice, but its presence does not imply a derogation in block to the competition rules, but the definition, by EU law, of other conditions that, albeit more flexible in their organisation and financing, search to assure anyway the minimum interference of public activity with the market. Thus the attribution of exclusive rights is only admitted when it is essential for the financial conditions of the company, demanding, where it is possible, a separation between profitable and non-profitable activities, which allows the conferral of the sectors capable of economic running to private initiative, and offer a greater transparency concerning the financial needs of public companies. The financing conditions are also made more flexible, but are subordinated to the fulfilment of some requirements, which assure in particular the absence of overcompensation for the cost of the service, adopting as a criterion the cost a private company would have and avoiding the aids that could lead to advantages and distort competition among companies. The public procurement of these services is subject to the EU norms as well: these do not prevent the demand of social criteria as conditions in the process of tender, but do not allow their restriction to specific actors of the local area, which could have a larger knowledge on the concerned field.

The affectation of the administrative instruments of the State derives, therefore, from the reduction of the possibilities to realise economic activities in a public legal regime. That results in a differentiated treatment for every activity, which depends on its concrete features in each State and on the assessment of its economic nature by the Court of Justice, and thus does not allow establishing in a general way what the effect on these services is. Nevertheless, the trend towards the greater possible extension of the market can be seen: every activity which can be realised in a private way has to conform to market conditions – with an equal competition between public and private companies-, obtaining only a more flexible frame when this is strictly indispensable. The scope of the economic system is pre-defined in this way by EU law, which admits only the public regime where the market cannot operate on its own, and excludes therefore the public or general interest criteria as elements that limit the economic field.

#### **7.- The transformation of the content of the “existential providing”**

The described developments in EU law revert in a transformation of the obligation of “existential providing” (*daseinsvorsorge*), which defined at a national level the existence of the Social State. For a long time, the EU legal order did not establish specific provisions on

these aspects, so its influence on the obligations of the public power has been channelled through its structural components –the economic rules, the principle of equality–.

The activity of “existential providing” implied in the internal legal orders the realisation of certain needs by the public power, these being defined in a large or narrow way, and entailing a social reform linked to the creation of specific conditions of relief for the individual with regard to its economic situation, that contributed to a greater real equality among subjects. “Existential providing”, conceived in this way, supposed, not only the capacity of intervention in the economic order, but the definition of the social and economic conditions that had to be realised –whether by constitutional norm or by legislation–, indicating to the public power the essential features of the social and economic configuration that had to be done. The EU legal order affects the norms that define these tasks, reducing some of its aspects and extending some other ones: these norms have to respect also the principles of the supranational order, so that generates a change in the original content of the activity of “providing”, which continues to be conferred on the States but with a different aim and scope.

EU law reduces the effects of the norms that define the features of “existential providing”, when these can affect the market principles. The attribution of rights to benefits, when it entails the compulsory affiliation of the individual to an insurance scheme managed by some concrete organisms, has only been admitted by the Court of Justice if it offers a minimum protection and the restriction to free movement is proportionate. The recognition of labour rights, which allow the workers to negotiate in real equality conditions in front of the companies, has seen its effect reduced in transnational situations, being considered as exceptions to the freedoms of movement. This stems from the reduction of the State possibilities of limiting the aspects of the economic system, but affects at the same time the kind of activities that can be realised: social rights and obligations, when as they imply a completely public or decommodified system, are reduced to a minimum level, unless they are not considered economic activities or allow at the same time the existence of a parallel private system –losing then their complete public character–. This seems to point out a way of “existential providing” which is reduced to activities of redistribution, which do not suppose an *ex ante* limitation of economic rights.

By contrast, the activity of “existential providing” is strengthened concerning the contents of equality and non-discrimination, which adopt a broad elaboration in EU law. The development of this principle adopts in the supranational level a content of its own, which is centred on the elimination of individual discriminations, focusing initially in gender and

nationality –with a basis in articles 157 TFUE and 18 TFUE-, and extending afterwards through secondary law –with a basis in article 19 TFUE- and through the case-law of the European Court of Justice, that establishes non-discrimination as a general principle of law. This has entailed, for the national legal orders, the reinforcement of non-discrimination contents through an interpretation that demands to take into account the effects of the norm on the different social groups, although the emphasis of the Union is reduced to the field of individual discrimination, and does not imply a larger activity which attempts to tackle, through legislative and administrative action, other structural inequalities generated by the same economic system.

At the same time, EU law produces in the activity of “existential providing” an expansion of the group of subjects to which it is conferred, as the Court has forced the States to attribute an equal treatment to nationals of other Member States also with regard to social benefits, by virtue of the provisions on non-discrimination and European citizenship. Although the States can still demand certain conditions for the attribution of these benefits to economically inactive subjects –assuring a real integration link in the host society-, this entails an enlargement of the national obligations, extending the activity of “existential providing” of the public powers to new subjects which were not covered before. It is true that this does not move away from the economic component that defines the European construction –benefits are conceived as a means to promote the movement of subjects realising economic activities-, but points out the need of enlarging the perspective of the national powers. The excessive extension of the recipients, however, can generate a certain danger to the financial balance of these systems, if the scope of “existential providing” is enlarged but a correspondent system of solidarity is not created at the European level.

The modification of these characters of the “existential providing” shows a transformation of its original understanding, which entails the obligations of realising a State activity with different features. While in its State configuration this “providing” activity was oriented to the realisation of a greater equality in society, limiting and correcting the social inequalities generated by the market; the potential of social reform this activity contained is disarmed through its configuring by EU law, which limits public activity to the minimum affectation of the market, demanding in addition its enlargement to all the European citizens. The State only has to realise the activities of support to the individual which do not entail a restriction on the market, so these have to be extended to all the European citizens, according to the expansion of the economic system they are attached to, and where the individuals move.

Social rights are, in this frame, conceived as features in service of a greater mobility of the individuals, losing, by their conferral on a strict subjective basis, their component of social and collective reform and their connection to an activity of redistribution that still has as a basis the national communities. Social features are considered now as a necessary part of the operation of the market, which leads to their acceptance and to a certain incorporation of social principles to the EU order, but this implies at the same time their necessary adaptation to the demands of the economic system, to which they are subordinated: the flexibility and accommodation of social rights appears in this perspective as a natural aspect, contributing to the improvement of the market functioning, in the frame of the problems faced in front of the current process of globalization.

### **8.- The transformation of the equality aim of the public power**

The developments described produce a transformation in the end of the public power, which is now oriented to different objectives, affecting the very conception of the State. While at the national level power appeared, in the Nordic and the Continental systems, oriented to by Law towards and aim of real equality that provides the individuals with a larger possibility of satisfying their needs in their relationship with others –which required a social reform demanding public intervention in society-; the EU legal order contains a different idea of equality, in which the integration of the individuals and their possibilities of real development are based on their equal capacity to act in the market, which is achieved especially through their formation and through the elimination of discriminations that, for reasons such as race, sex or age, can prevent them from enjoying equal opportunities.

The different perception of social reality, which has evolved along the twentieth century, leads to a construction of equality which is understood as a “capacity” of the individual, who does not have to be any more the recipient of certain conditions or public activities, but has to be trained and qualified to enter the market and enjoy its advantages in non-discrimination conditions. The social inequality does not stem, in this conception, from the functioning and structure of the economic system –that means, from the different position of the individuals with regard to the means of production and nature-, but from the unequal capacity of the individuals in front of the market, considering they can all act as undertakings or workers in the economic system if they enjoy the same departing conditions, obtaining a certain integration in society and the security they demand. In this perspective, public power does not act to modify the natural conditions of the social and economic order, but adapt the situation of the individual to the needs derived from the market: training becomes the essential instrument of public intervention, attributing equal opportunities and skills to all

the subjects, and establishing a certain security in the labour market, in the change from a contractual situation to another one.

The aim of equality guiding the public power is reduced, in this way, to equality of opportunities in the market, which does not include the realisation of active corrections in the economic system, nor the provision of instruments that enable the realisation of social or general objectives in front of the individual interest of the different actors. The elimination of individual discriminations constitutes the core of this conception, requiring to the public power the maintenance of equality of options to all the subjects, and the suppression therefore of the obstacles which prevent certain collectives, by its personal characteristics, the insertion in the economic system. But this entails, however, a modification in the State understanding of equality, which required the public power a larger activity of intervention and social reform: the aim of equality does not include any more an objective of modification of the economic system and the social structures, which can go beyond the alleviation of its effects, but is reduced instead to accompanying this system, which is considered in itself as bearer of the general interest, realised through the individual exercise of the economic rights.

Therefore, the principle of equality at EU level does not prevent the realisation of national activities with a more comprehensive real equality aim, but it is the conception of the economic order at the supranational level what limits and hinders this activity, demanding the minimum effect on the economic system. Real equality can only be realised through the means that do not affect the market principles excessively, and with a content which does not suppose a disproportionate impact on economic rights, which implies a reduction of the satisfaction of basic needs, and the exclusion of a larger reform that could entail a change in the existing social and economic structures. The opening of these possibilities in the national constitutions, which let the concrete configuring of the social and economic order to the political process –signalling only some conditions and limits-, is closed by the EU system, which directly opts for a concrete content of it: the reduction of the political space entails at the same time the limitation of the possibilities of realisation of the social, which depends essentially on the legislative assessment of the general interest and the articulation of the corresponding measures.

### **9.- The transformation of the relation between public power and the individual: the process towards a new form of State**

The modification of the elements described transforms the relationship between public power and individual, altering the obligation the State has with regard to society. The different conception of equality and of the economic order at the European level, which reveal a greater confidence in the autonomous operation of the social and economic sphere, reverts in a new legal shaping of the State, which integrates the features of the supranational order and the national systems. The constitutional agreement which represented the basis for the Social State is transformed in this way, formally maintaining its content, but establishing new obligations for the public power concerning the social and economic order: the combination of the supranational order and the State frame lead to a different legal form, in which the obligations of “existential providing” and real equality are maintained, but in which their realisation and content are confined to the ways that are more respectful of the market functioning.

This entails maintaining a certain social function of the State, but the reduction of its content and the limitation of its realisation mechanisms. Public power intervention is configured as an ancillary activity of the market, aimed at assuring the components which guarantee its operation, obtaining the equality and personal realisation of the individual through the same economic system. This system is in this way incorporated as a mechanism of realisation of equality and social protection, changing the obligations of public power with regard to the sphere of society: it is the guarantee of the features of the market which contributes to the realisation of social objectives, thus transforming the public activities on the economic order, which demand only its assurance and the control of other activities which can endanger it.

This effect of EU law can be seen, in a way, only as a difference of degree –decreasing the level of public intervention and of social protection-, or even as a mere change in the way of realising this form of State, which does not call into question social activities, but only demand its transparency, admitting the pure redistributive activities and the services and benefits which are not overcompensated. But if this is true in a certain extent, it entails, in practice, a change of the premise on which the Social State was built, transforming the scope and content of its activity on society: the system of the Union does not allow the public power to decide about the configuration of the market in view of social or general public interests, beyond certain exceptions contemplated in a reduced sense. The State loses its capacity of fulfilment of real equality and social reform, adopting an elastic legal form in which the social activity has to adapt to the needs of the pre-constituted economic order.

However, this constitutes already a different form of State, in which the relation of the public power to the individual responds to different characters. Social protection adopts an alleviating role, which acts as a complement to the market, losing its limiting potential of the economic power, and without this capacity being recovered by the public power at the EU level. This can be considered as a legitimate evolution, if the European legal order is deemed to respond to the pertinent forms of democratic or constitutive expression of this new system –which is problematic-, but entails in any case a change in the existing constitutional options at the internal level, reducing the contents and ends established in these texts, and adding other aims to the public power.

The absolute primacy of EU law makes it difficult for the States to resist this process, whatever form of legal articulation they have –through Constitution or legislation- and whatever the way of recognizing social contents –in form of subjective rights or objective obligations-. This reveals a smaller importance of the material features form in the Social State –depending essentially on the democratic guarantee-, and the relevance by contrast of the limited conception of economic rights, which enables large instruments of intervention in the economy for the performance of the Social State: Nordic States have, in this respect, a greater possibility of resistance, in view of the traditionally limited conception of economic rights and the large permission of public power intervention through the redistributive way, which is not affected by EU law; Continental States, more dependent on *ex ante* administrative and regulatory activity, are subject to a deep process of adaptation, in which their traditional mechanisms of intervention on the economic system are limited, making it more difficult for them to oppose these effects.

This process of transformation of the Social State has to be seen, however, as a result of a non-attended evolution, linked to accumulating processes and developments at the EU level, with a result that can be put into question, and which does not constitute an indispensable condition of the European construction if this is thought as the formation of a political entity. The convenience and acceptance of this evolution have to be the object of a wide meditation by the citizens and the public organs, being possible, if this is deemed necessary, to articulate ways of avoiding and inverting the described developments, maintaining the State capacity of performing a social function in the frame of a new supranational construction. This would demand, in particular, reformulating the characters of the EU order, limiting its application to the field of competencies of the Union, and allowing to recover the initial interpretation of the market principles, exempting social activities from their scope: the single market at a supranational level could be combined, in this way, with the social activity of the State at a

national level –and the different regional levels-, and the common economic space could be subjected to the different limitations imposed by national powers by virtue of the general or social interest. The incorporation of the Charter of Fundamental Rights to primary law could constitute a way of advance in this sense, recognizing a series of social rights and obligations which, at least in a negative form, could bind the institutions and organs of the Union.

Apparently, this construction would entail a lower level of economic integration, as the undertakings would have to bear the diverse regulations and actions of the Member States, having more difficulties to move and compete at a European level. But this would be the case only if there was not an agreement about the common regulation of the different economic fields in the European area, which would boost the construction of a true public European sphere, with the capacity establish common regulations on the market and to incorporate effectively other values through the political debate. The reduction in the scope of the market principles would imply a limitation of the effects of negative integration, to promote positive integration through regulation and political negotiation among the States: this would enable the coexistence of a social activity performed at the national level, dependent on the political and constitutional existing options, and an integrated market at the European level, subject to the public regulation of the organs of the Union in accordance with the dominant political options in the European sphere. In this way the Social State would be able to maintain its essential features, handing over the general regulatory powers of the market to the EU level, but conserving also at a national level the attributes which enable it to perform a social activity.

# BIBLIOGRAFIA

## 1. FORMACIÓ HISTÓRICA DEL ESTADO SOCIAL

- AUBIN, Gérard; BOUVERESSE, Jacques; *Introduction historique au droit du travail*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995, 318 p.
- BALDWIN, Peter; *The Politics of Social Solidarity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, 353 p.
- BODINEAU, Pierre; VERPEAUX, Michel; *Histoire constitutionnelle de la France*, PUF, Paris, 2000, 127 p.
- BULL, Thomas; "Maktindelning i den svenska författningen?", en FRÄNDBERG, Åke; HEDLUND, Stefan; SPAAK, Torben (eds.); *Festskrift till Anders Fogelklou*, lustus Förlag AB, Uppsala, 2008, p. 19-31.
- BULL, Thomas; *Mötes-och demonstrationsfriheten. En statsrättslig studie av mötes-och demonstrationsfrihetens innehåll och gränser i Sverige, Tyskland och USA*, 1997, lustus Förlag, Uppsala, 1997, 705 p.
- BULLINGER, Martin; "El service public francés y la Daseinsvorsorge en Alemania", *Revista de Administración Pública*, núm. 166, 2005, p. 29-49.
- CARLSSON, Jan; *Statsabsolutismens rättsfilosofi. En studie av Boströms och Hägerströms rättsfilosofi med avseende på deras bakgrund, innehåll och konsekvenser för juridiken*, Lunds universitet, 2001, 102 p.
- CHEVALLIER, Jacques; *Le service public*, PUF, Paris, 2008 (7<sup>a</sup>ed.), 127 p.
- CHRISTIANSEN, Niels Finn; PETERSEN, Klaus; EDLING, Nils; HAAVE, Per (eds.); *The Nordic Model of Welfare. A Historical Reappraisal*, Museum Tusulanum Press, University of Copenhagen, 2006, 432 p.
- DE LA CALLE VELASCO, M<sup>a</sup> Dolores; "Sobre los orígenes del Estado social en España", *Ayer*, núm. 25, 1997, p. 127-150.
- DESLANDRES, Maurice; *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, Armand Colin, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1932, Vol. II, 766 p.
- DONZELOT, Jacques; *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Librairie Arthème Fayard, 1984, 265 p.
- DUGUIT, Léon; *Les transformations du Droit public*, Librairie Armand Colin, Paris, 1921, 285 p.
- DUGUIT, Léon; *Traité de Droit constitutionnel*, E. de Boccard, Paris, 1927 (3<sup>a</sup> ed.), Tomo I, 763 p., Tomo II, 888 p., Tomo III, 853 p.
- DURKHEIM, Émile; *La división del trabajo social*, Akal Editor, Madrid, 1982, 285 p.
- DUTTON, Paul V., *Origins of the French Welfare State. The Struggle for Social Reform in France, 1914-1947*, Cambridge University Press, New York, 2002, 251 p.
- ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio; *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1989, 279 p.
- EWALD, François; *L'État providence*, Éditions Grasset & Fasquelle, Paris, 1986, 608 p.
- FAHLBECK, Reinhold; "Industrial Relations and Collective Labour Law: Characteristics, Principles and Basic Features", en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 43, 2002, p. 88-133.

- FORSTHOFF, Ernst; *El Estado de la sociedad industrial*, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 1975, 291 p.
- FORSTHOFF, Ernst; *Sociedad industrial y Administración Pública*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967, 161 p.
- FORSTHOFF, Ernst; *Tratado de Derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, 768 p.
- FROHMAN, Larry; *Poor Relief and Welfare in Germany from the Reformation to World War I*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2008, 272 p.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel; "La teoría de la sociedad en Lorenz Von Stein", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 47, 1949, p. 43-88.
- GODECHOT, Jacques; *Les Constitutions de la France depuis 1789*, GF-Flammarion, Paris, 1995, 508 p.
- GUILLÉN, Ana; "El origen del Estado de bienestar en España (1876-1923): el papel de las ideas en la elaboración de políticas públicas", *Working Paper 1990/10*, 23 p.
- HADENIUS, Stig; *Swedish Politics during the 20th Century: Conflict and Consensus*, The Swedish Institute, Sweden, 1999, 176 p.
- HECKSCHER, Eli F.; *An Economic History of Sweden*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1954, 240 p.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich; *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968 (5ª ed.), 1968, 287 p.
- HENNOCK, E.P.; *The Origin of the Welfare State in England and Germany, 1850-1914*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2007, 381 p.
- JAKOBSEN, Uffe; KURUNMÄKI, Jussi; "Developments of Parliamentarism and Conceptions of Democracy in the Nordic Countries", Paper presented at the Annual Conference of the Danish Political Science Association, Vejle, 3-4 November 2011.
- KAHN-FREUND, Otto ; *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*, Basil Blackwell, Oxford, 1981, 260 p.
- KANT, *Metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, 374 p.
- LOCKE, John; *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Alianza Editorial, 1990, 238 p.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio; "La formación del Derecho del trabajo en España", Estudio preliminar a La legislación social en la historia de España: de la revolución liberal a 1936, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. XIII-CXIV.
- MARX, Karl; *El Capital. Antología de textos*, Edicomunicación, Barcelona, 1999, 223 p.
- MERRIEN, François-Xavier; PARCHET, Raphael; KERNEN, Antoine; *L'État social. Une perspective internationale*, Armand Colin, Dalloz, Paris, 2005, 441 p.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Tres Cantos, Istmo, 2002, 829 p.
- NORBERG, Johan; *Den svenska liberalismens historia*, Timbro, Stockholm, 1998, 357 p.
- NORDSTROM, Byron J.; *Scandinavia since 1500*, University of Minnesota, 2000, 395 p.
- NORDSTROM, Byron J.; *The History of Sweden*, Greenwood Press, Library of the Congress, USA, 2002, 193 p.

- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos; *Derecho del trabajo e ideología: medio siglo de formación ideológica del Derecho del trabajo en España*, Tecnos, Madrid, 2011, 209 p.
- POLANYI, Karl; *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Ediciones La Piqueta, Madrid, 1989, 466 p.
- RITTER, Gerhard A.; *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, 299 p.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques; "Discurso sobre los fundamentos de la desigualdad entre los hombres", en *Del contrato social. Discursos*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 177-287.
- RUBIO LARA, M<sup>a</sup> José; *La formación del Estado social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, 491 p.
- SINZHEIMER, Hugo; *Crisis económica y Derecho del Trabajo: cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1984, 131 p.
- SOTELO, Ignacio; *El Estado social: antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, 425 p.
- TIBERG, Hugo; STERZEL, Fredrik; CRÖNHULT, Per; *Swedish Law- A Survey*, Juristförlaget, Stockholm, 1994, 601 p.
- VON HUMBOLDT, Wilhelm; *Los límites de la acción del Estado*, Tecnos, Madrid, 2009 (2<sup>a</sup> ed.), 210 p.
- VON STEIN, Lorenz; *Movimientos sociales y monarquía*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, 383 p.
- WEBER, Max; *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1964 (2<sup>a</sup> ed.), 1237 p.
- WEBER, Max; *Historia económica general*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1964, 4<sup>a</sup> ed., 331 p.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Kein; *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998 (3<sup>a</sup> ed.), 714 p.

## 2. MODELO NÓRDICO DE ESTADO SOCIAL

### 2.1. Obras generales

- ARNÁSON, Agust T.; "The Good State or the Constitutional Innocents of the Nordic Societies", en NERGELIUS, Joakim; *Constitutionalism: New Challenges. European Law from a Nordic Perspective*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008, p. 155-161.
- BERGGREN, Niclas; KARLSON, Nils; NERGELIUS, Joakim; *Den konstitutionella revolutionen*, Stockholm: City University Press, 2001, 270 p.
- BERNITZ, Ulf. "What is Scandinavian Law? Concept, Characteristics, Future", *Scandinavian Studies in Law*, 2007, vol. 50, p. 13-29.
- BOHLIN, Alf; *Kommunalrättens grunder*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2007 (5<sup>a</sup> ed.), 287 p.
- BOHLIN, Alf; WARLING-NEREP, Wiweka; *Förvaltningsrättens grunder*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2011, 437 p.
- ENZELL, Magnus; *Requiem for a Constitution: Constitutionalism and Political Culture in Early 20<sup>th</sup> Century Sweden*, Stockholm, Universitet., 2002, 243 p.

- ESPING-ANDERSEN, Gösta; *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton University Press, New Jersey, 1990, 248 p.
- HÄGERSTRÖM, Axel; *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953, 377 p.
- HÅSTAD, Elis; *The Constitution of Sweden*, Fritzes Hovbokhandeln, Stockholm, 1954, 109 p.
- HECKSCHER, Gunnar; *The Welfare State and Beyond. Success and Problems in Scandinavia*, University of Minnesota, 1984, 271 p.
- HERLITZ, "Swedish Administrative Law. Some Characteristic Features", *Scandinavian Studies in Law*, vol. 3, 1959, p. 87-124.
- HOLMBERG, Erik; *et alter; Grundlagarna*, 2 ed., Stockholm: Norstedts Juridik, 2006, 878 p.
- HOLMBERG, Erik; STJERNQUIST, Nils; *Vår författning*, 2003, Norstedts Juridik, Stockholm, 357 p.
- HUSA, Jaakko; *Nordic Reflections on Constitutional Law. A Comparative Nordic Perspective*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2002, 209 p.
- KORPI, Walter; *The Democratic Class Struggle*, Routledge & Kegan Paul, London, 1983, 277 p.
- LARSSON, Torbjörn; BÄCK, Henry; *Governing and Governance in Sweden*, Lund: Studentlitteratur, 2008, 304 p.
- NERGELIUS, Joakim; *Nordic and Other European Constitutional Traditions*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2006, 178 p.
- NERGELIUS, Joakim; *Svensk Statsrätt*, Lund, Studentlitteratur, 2006, 418 p.
- OLIVECRONA, Karl; *Law as Fact*, London: Stevens & Sons, 1971, 320 p.
- PETERSSON, Olof; *et alter; Democracy the Swedish Way. Report from the Democratic Audit of Sweden*, SNS Förlag, Stockholm, 1999, 165 p.
- PETRÉN, Gustaf; RAGNEMALM, Hans; *Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar*, Institut för offentlig och internationell rätt, Stockholm, 1980, 485 p.
- RAGNEMALM, Hans; *Administrative Justice in Sweden*, Stockholm: Juristförlaget, 1991, 262 p.
- ROTHSTEIN, Bo; *Just Institutions Matter. The Moral and Political Logic of the Universal Welfare State*, Cambridge University Press, United Kingdom, 1998, 254 p.
- ROTHSTEIN, Bo; *The Social Democratic State: Swedish Model and the Bureaucratic Problem of Social Reforms*, University of Pittsburgh Press, London, 1996, 231 p.
- SCHEININ, Martin (ed.); *The Welfare State and Constitutionalism: Nordic Perspectives*, Copenhagen, Nordic Council of Ministers, 2001, 416 p.
- SMITH, Eivind; *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1995, 402 p.
- STRÖMBERG, Håkan, LUNDELL, Bengt; *Allmän förvaltningsrätt*, Liber, Malmö, 2008, 258 p.
- STRÖMBERG, Håkan; *Speciell förvaltningsrätt*, Liber, Malmö, 2008, 222 p.
- STRÖMBERG, Håkan; *Sveriges författning*, Studentlitteratur, Lund, 2001 (17 ed), 171 p.
- STRÖMHOLM, Stig; "General features of Swedish law", en BOGDAN, Michael (ed.); *Swedish Law in the New Millennium*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2000, p. 31-47.
- STRÖMHOLM, Stig; *Le "réalisme scandinave" dans la philosophie du Droit*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, 107 p.

VAHLNE WESTERHÄLL, Lotta; *Den starka statens fall? En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950-2000*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2002, 679 p.

WARNLING-NEREP, Wiweka; *En introduktion till förvaltningsrätten*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2008, 139 p.

## 2.2. Principios generales y derechos sociales en el modelo nórdico

ÅHMAN, Karin; "Rättighetskyddet i praktiken – skydd på papperet eller verkligt genomslag?", en SMITH, Eivind; PETERSSON, Olof (eds); *Konstitutionell demokrati*, SNS Förlag, Stockholm, 2004.

ALEXIUS-BORGSTRÖM, Katarina; "Om JO-ämbetets funktioner", *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, vol. 1-3, 2001, p. 35-49.

BECKMAN, Ludvig; "Barnkonventionen och den svenska grundlagen", en GUNNER, Göran; SILIOPOULOU ÅKERMARK, Sia; *Mänskliga rättigheter- Aktuella forskningsfrågor*, Lustus Förlag, Uppsala, 2001, p. 17-32.

BONNOR, Peter; "Ombudsmen and the Development of Public Law", *European Public Law*, vol. 9, 2003, p. 237-267.

BULL, Thomas; "Färdtjänst för evigt? Om rättskraft och retroaktivitet i förvaltningsrätten", *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, vol. 4-5, 1999, p. 121-130.

BULL, Thomas; "The Original Ombudsman: Blueprint in Need of Revision or a Concept with More to Offer?", *European Public Law*, vol. 6, 2000, p. 334-344.

BULL, Thomas; "Constitutional issues in Sweden", en *European Public Law*, vol. 5, núm. 2, 1999, p. 209-213.

CAMERON, Iain; "Protection of Constitutional Rights in Sweden", *Public Law*, 1997, p. 488 y ss. p.488-512.

DAHLQVIST, Hans; "Folkhemsbegreppet: Rudolf Kjellén vs Per Albin Hansson", en *Historisk Tidskrift*, 2002, nº3, p. 445-466.

"The Danish Courts- an Organisation in Development", en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 51, 2007, p. 581-590.

EKLUNDH, Claes; "'Et organ av extraordinär natur för medborgarnas rättsäkerhet'- några tankar om JO-ämbetet idag och i framtiden", en REGNER, Göran; ELIASON, Marianne; VOGEL, Hans-Heinrich; *Festskrift till Hans Ragnemalm*, Lund: Juristförlaget, 2005, p. 85-99.

EKROTH, Jesper; "Några reflektioner angående konstitutionsutskottets granskning av regeringen", en BERGGREN, Niclas; KARLSON, Nils; NERGELIUS, Joakim; *Makt utan motvikt. Om demokratin och konstitutionalism*, Stockholm: City University Press, 1999, p. 189-235.

ERHAG, Thomas; "General Principles of Social Security Law in Europe. Part I: Legislative Aspects of the 'Security' Principle", en BECKER, Ulrich; PIETERS, Danny, ROSS, Friso (eds.); *Security: A General Principle of Social Security Law in Europe*, Europa Law Publishing, Groningen, 2010, p. 481-514.

ERIKSSON, Lars D.; "Sociala rättigheter som en ny form av egendom", en ERIKSSON, Lars D.; *Kritik, moral och rätt. Artiklar och diskussionsinlägg*, Helsinki: Universitet, 1992, p. 278-293.

ESPING, Hans; *Ramlagar i förvaltning politiken*, Stockholm: SNS Förlag, 1994, 413 p.

FRÄNDBERG, Åke; "Legal Equality", en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 48, 2005, p. 83-98.

- HASSELBALCH, Ole; "The Roots- the History of Nordic Labour Law", en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 43, 2002, p. 11-35.
- HAUTAMÄKI, Veli-Pekka; "Reasons for Saying: No Thanks! Analysing the Discussion about the Necessity of a Constitutional Court in Sweden and Finland", en *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 10, 2006, p. 1-13.
- HOLMBERG, Sten; "Sociala rättigheter mål och medel", en *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, vol. 53, 1990, p. 190-203.
- HOLMGREN, Kurt; "The New Swedish Legislation on Administrative Jurisdiction", *Scandinavian Studies in Law*, vol. 18, 1974, p. 71-86.
- HYDÉN, Håkan; *Ram eller lag? Om ramlagstiftning och samhällsorganisation*, Stockholm: Stat-Kommunberedningen, Departementsserien C, 1984, 122 p.
- HYDÉN, Håkan; *Rättssociologi som rättsvetenskap*, Studentlitteratur, Lund, 2002, 293 p.
- JACKSON, Walter A.; *Gunnar Myrdal and America's Conscience: Social Engineering and Racial Liberalism 1938-1987*, University of North Carolina, 1990, 449 p.
- JÄGERSKIÖLD, Stig; "Från fattigvård till socialhjälp. En studie i socialrättens rättshistoria och begreppsbildning. Del I", *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, 1955, p. 249-270.
- KÄLLSTRÖM, Staffan; "Philosophy and Society. The Uppsala School of Philosophy and the Present Political Debate in Sweden", en CHO, Seung-bog; RUNEBY, Nils; *Traditional Thought and Ideological Change. Sweden and Japan in the Age of Industrialisation*, Akademitryck AB, Edsbruk, 1988, p. 69-75.
- KARLSSON, Sten O.; *Det intelligenta samhället: En omtolkning av den socialdemokratiska idéhistorien*, Stockholm, Carlsson, 2001, 711 p.
- KETSCHER, Kirsten; "Contrasting Legal Concepts of Active Citizenship", en HVINDEN, Bjon; JOHANSSON, Håkan; *Citizenship in Nordic Welfare States- Dynamics of Choice, Duties and Participation in a Changing Europe*, New York: Routledge, 2007, p. 141-154.
- KILDAL, Nanna; KUHNLE, Stein; "The Nordic Welfare Model and the Idea of Universalism", en KILDAL, Nanna; KUHNLE, Stein; *Normative Foundations of the Welfare State*, London, New York: Routledge, 2005, p. 13-35.
- LAVIN, Rune; "Ändring av tillämplig lag under pågående process", *Förvaltningsrättslig tidskrift*, 1994.
- LEWIN, Leif; "Per Albin Hansson", en *Svenskt Biografiskt Lexikon*, n° 87, 1969.
- LINDBOM, Anders; "Dismantling the Social Democratic Welfare Model?", *Scandinavian Political Studies*, vol. 24, 2001, p. 171-193.
- LINDBOM, Anders; "The Swedish Conservative Party and the Welfare State", *Report series Institutet för Framtidsstudier*, 2006:12, 30 p.
- LUNDBERG, Urban; "Social Democracy Lost. The Social Democratic Party in Sweden and the Politics of Pension Reform, 1978-1998", Institute for Future Studies, Working Paper 2005:1, 41 p.
- LUNDBERG, Urban; ÅMARK, Klas; "Social Rights and Social Security: The Swedish Welfare State, 1900-2000", *Scandinavian Journal of History*, vol. 26, 2001,, 2001, p. 157-176.
- MALMBERG, Lars-Göran; "Effektiv tillsyn. En studie av tillsynsmindigheterna, den effektiva tillsynen och offentlighetsprincipens inverkan på effektiviteten", *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, vol. 4, 2004, p. 425-459.

- MERIKOSKI, Veli; "Legality in Administrative Law: Some Trends in Evolution and Practical Experiences", *Scandinavian Studies in Law*, vol. 6, 1960, p. 125-149.
- MYRDAL, Gunnar y Alva, *Kris i befolkningsfrågan*, Bonniers, Stockholm, 1934.
- NERGELIUS, Joakim; "New Tendencies in Modern Nordic Constitutional Doctrine or the Development of Nordic Constitutional Law. Introduction and General Background", *Scandinavian Studies in Law*, 2007, vol. 52, p. 11-16.
- NERGELIUS, Joakim; "North and South: Can the Nordic States and the European Continent find each other in the Constitutional area- or are they too different?", en SCHEININ, Martin (ed.); *Welfare State and Constitutionalism- Nordic Perspectives*, Copenaghen, Nordic Council of Ministers, 2001, p. 79-94.
- NERGELIUS, Joakim; BERGGREN, Niclas; KARLSON, Nils; *Why Constitutions Matter*, City University Press, Stockholm, 2000, 291 p.
- NERGELIUS, Joakim; *Konstitutionellt rättighetskydd. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv*, Fritzes, Stockholm, 1996, 802 p.
- NORD, Lars; "Juridik och politik- om juristers syn på sociala rättigheters grundlagsställning", en GUNNER, Göran; SPILIOPOULOU, Sia; *Mänskliga rättigheter- aktuella forskningsfrågor*, Uppsala: lustus Förlag, 2001, p. 33-76.
- NØRGAARD, Carl Aage; "The Principle of Equality in Danish Administrative Law", en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 11, 1967, p. 242-268.
- NOUSIAINEN, Kevät; "Gender Equality and Anti-Discrimination Law, Equality Bodies, Equality Planning and Cooperation in Equality Matters in Finland", University of Turku, 2011, 31 p.
- NUMHAUSER-HENNING, Ann; "Labour Law", en BOGDAN, Michael (ed.); *Swedish Law in the New Millenium*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2008, p. 343-373.
- NYMAN, Olle; "Regeringsformens målsättningsstadganden", *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, 1984, vol. 47, p. 289-303.
- NYMAN, Olle; "The New Swedish Constitution", en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 26, 1982, p. 170-199.
- OLIVECRONA, Karl; "The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt", *Scandinavian Studies in Law*, vol. 3, 1959, p. 125-150.
- OLSSON HORT, Sven E.; "Sweden", en FLORA, Peter; *Growth to Limits. The Western European Welfare States Since World War II*, Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1986, p. 4-116.
- OLSSON HORT, Sven E.; *Social Policy and Welfare State in Sweden*, Arkiv Förlag, Studentlitteratur, Lund, 1990, 348 p.
- OLSSON HORT, Sven E.; *The Swedish Model*, Univ. Sociologiska Institutionen, 1994, 14 p.
- PALME, Joakim; WENNEMO, Irene; *Swedish Social Security in the 1990s: Reform and Retrenchment*, The Printing Works of the Cabinet Office and Ministries, Stockholm, 1998, 51 p.
- PAULSSON, Ingvar; RIBERDAHL, Curt; *Den kommunala självstyrelsen och lagen*, Kommentus, Uppsala, 1991, p. 87. BOHLIN, Alf; *Kommunalrättens grunder*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2007 (5 ed.), 184 p.
- PETERSSON, Olof; "En demokratisk och handlingskraftig rättsstat", en MARCUSSON, Lena (ed.); *Festskrift till Fredrik Sterzel*, lustus Förlag, Uppsala, 1999.

- RAGNEMALM, Hans; "Justitieombudsmannen och regeringsrätten", *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, vol. 6, 1994, p. 297-307.
- RAGNEMALM, Hans; "Administrative Appeal and Extraordinary Remedies in Sweden", en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 20, 1976, p. 205-231.
- ROSS, Alf; "Tû-tû", *Scandinavian Studies in Law*, vol. 1, 1957, p. 149, 153. ROSS, Alf; *On Law and Justice*, Berkeley: UCLA Press, 1959, p. 139-153.
- ROSS, Alf; "On the Concepts 'State' and 'State Organs' in Constitutional Law", en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 5, 1961, p. 113-129.
- ROTHSTEIN, Bo; "Sweden: The Fall of the Strong State", *Scandinavian Political Studies*, vol. 29, 2006, p. 47-63.
- SCHEININ, Martin; "Protection of the Right to Housing in Finland", en LECKIE, Scott; *National Perspectives on Housing Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2003, p. 241-252.
- SCHEININ, Martin; LAVAPURO, Juha; OJANEN, Tuomas; "Rights-based Constitutionalism in Finland and the Development of a Pluralist Constitutional Review", en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, núm. 2, 2011, p. 505-531.
- SCHMIDT, Folke; "The Uppsala School of Legal Thinking", en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 22, 1978, p. 150-175.
- SCHMIDT, Folke; "Law and Industrial Peace. The Scandinavian Approach", en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 17, 1973, p. 255-274.
- STERZEL, Fredrik; "Perspektiv på kontrollmakten", en FRÄNDBERG, Ake; HEDLUND, Stefan; SPAAK, Torben; *Festskrift till Anders Fogelklou*, Uppsala: Iustus Förlag, 2008, p. 235-281.
- STERZEL, Fredrik; "Ramlagarna- nytt och gammalt", en NEREP, Erik; WARNLING-NEREP, Wiweka; *Festskrift till Jacob W.F. Sundberg*, Stockholm: Juristförlaget, 1993, p. 333-352.
- STERZEL, Fredrik; "Legalitetsprincipen", en MARCUSSON, Lena (ed.); *Offentlighetsprinciper*, Iustus Förlag, Uppsala, 2006, p. 43-69.
- STRÖMBERG, Håkan; *Normgivningsmakten enligt 1974års regeringsform*, Juristförlaget, Lund, 1999 (13 ed.), 221 p.
- STRÖMHOLM, Stig; "Goal-Steering and Judicial Review", en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 40, 2000, p. 189-197.
- STRÖMHOLM, Stig; "Human Rights and the Philosophy of Law" Adress at the Inauguration of the 21st IVR World Congress, en DAHLMAN, Christian; KRAWIETZ, Werner; *Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse*, 2005, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, p. 1-10.
- STRÖMHOLM, Stig; *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, Norstedts Juridik, Uppsala, 1996 (5 ed.), 541 p.
- TUORI, Kaarlo; "Rights, Democracy and Local Self-governance: Social Rights in the Constitution of Finland", en *Juridica International*, núm. XIII, 2007, p. 70-73.
- VAHLNE WESTERHÄLL, Lotta; "La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Suède", en ILIOPOULOS-STRANGAS, Julia (ed.); *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les états membres de l'Union Europeene*, Bruylant, Nomos Verlagsgesellschaft, Bruxelles, Baden-Baden, 2000, p. 751-817.
- VAHLNE WESTERHÄLL, Lotta; "Legal Right to Social Security Benefits- A Functional and Constructive Analysis", en VAN LANGEDONCK, Jef; *The Right to Social Security*, Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2007.

- VAHLNE WESTERHÄLL, Lotta; "Om sociala rättigheters funktion och konstruktion", en REGNER, Göran; ELIASON, Marianne; VOGEL, Hans-Heinrich; *Festskrift till Hans Ragnemalm*, Lund: Juristförlaget, 2005, p. 365-386.
- VAHLNE WESTERHÄLL, Lotta; "Rättigheter och svensk social trygghet- en rättslig analys av utvecklingen från 1950 och framåt", en VAHLNE WESTERHÄLL, Lotta; *Medborgare eller målsägare- sociala rättigheter och välfärdspolitiska dilemman*, Stockholm: Svenska kommunförbundet, 2004, p. 71-99.
- VAHLNE WESTERHÄLL, Lotta; "Rättigheter som grund för social trygghet", *Retfaerd*, 1996, p. 30-34.
- VAHLNE WESTERHÄLL, Lotta; "Rights, Obligations and Sanctions in Social Law", en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 32, 1988, p. 243-268.
- VAHLNE WESTERHÄLL, Lotta; *Patienträttigheter*, Nerenius&Santéus Förlag, Lund, 1994, 108 p.
- VON BAUMGARTEN, Fredrik; "Den idéhistoriska perspektivet", en SUNDBERG, Jakob (ed.); *Sporrong-Lönnroth: en handbok*, Stockholm, Institutet för offentlig och internationell rätt, 1985, 29 p.
- WIESLANDER, Bengt; *The Parliamentary Ombudsman in Sweden*, 2 ed., Stockholm: Gidlunds Bokförlag, 1999, 160 p.

### 2.3. Derechos económicos en el modelo nórdico

- ALGOTSSON, Karl-Göran; *Äganderätt och demokrati*, SNS Förlag, Stockholm, 2001, 182 p.
- BENGTSSON, Bertil; *Ersättning till offentliga ingrepp: allmänna ersättningsprinciper*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1991, 382 p.
- NERGELIUS, Joakim; "Hur påverkas svensk äganderrättsdebatt av Europadomstolens praxis?", en ÅHMAN, Karin (ed.); *Äganderrätten - dess omfattning och begränsingar*, Iustus Förlag, Uppsala, 2009, p. 85-95.
- PECZENIK, Aleksander; "Äganderättsskydd genom rättsstat och konstitutionalism", en BERGGREN, Niclas; KARLSON, Nils (eds.); *Äganderrättens konsekvenser och grunder*, Ratio, Stockholm, 2005, p. 152-179.
- STERZEL, Fredrik; "Skatt och egendomsskydd", en ÅHMAN, Karin (ed.); *Äganderrätten. Dess omfattning och begränsingar*, Iustus Förlag, Uppsala, 2009, p. 97-113.

### 2.4. Instrumentos formales del Estado social en el modelo nórdico

- BLOMQVIST, Paula; "The Choice Revolution: Privatization of Swedish Welfare Services in the 1990s", en *Social Policy & Administration*, vol. 38, nº 2, 2004, p. 139-155.
- DEL ROSAL CRESPO, Mario; "Los límites del socialismo reformista: el caso de Suecia. Una aproximación crítica al modelo Rehn-Meidner desde una perspectiva histórica (1932-1983)", contribución a las XI Jornadas de Economía Crítica, Bilbao, 2008, 25 p.
- HARTMAN, Laura (ed.); *Konkurrensens konsekvenser. Vad händer med svensk välfärd?*, SNS Förlag, Stockholm, 2011, 279 p.
- HOLMGREN, Gunnar; *Från problemföretag till kapitalförvaltning. Sveriges statliga företag 1980-2007*, Abo Akademis förlag, Abo, 2009, 296 p.
- KJELLBERG, Anders; "Sweden: Restoring the Model?", en FERNER, Anthony; HYMAN, Richard; *Changing Industrial Relations in Europe*, Blackwell Publishers, Oxford, 1998 (2ª ed.), p. 74-117.

- LANDGREN, Karl-Gustaf; *Den nya ekonomin i Sverige. J. M. Keynes, E. Wigforss, B. Ohlin och utvecklingen 1927-39*, Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1960.
- LINDBECK, Assar; *Swedish Economic Policy*, The Macmillan Press, London, 1975, 268 p.
- MATTSSON, Nils; "Tax Law", en BOGDAN, Michael (ed.); *Swedish Law in the New Millenium*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2008, p. 112-133.
- MEYERSON, Per-Martin; *Den svenska modellens uppgång och fall*, SNS Förlag, Stockholm, 1991, 189 p.
- MODÉEN, Toré; "L'idée de service public en Suède et Finlande", en MODERNE, Franck; MARCOU, Gérard; *L'idée de service public dans le droit des états de l'Union européenne*, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 205-216.
- NORRMAN, Erik; McLURE, Charles E.; "Tax Policy in Sweden", en FREEMAN, Richard B.; TOPEL, Robert; SWEDENBORG, Birgitta; *The Welfare State in Transition. Reforming the Swedish Model*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1997, p. 109-152.
- SCHNITZER, Martin; *The Economy of Sweden. A Study of the Modern Welfare State*, Praeger Publishers, New York, Washington, London, 1970, 252 p.
- SVENNILSON, Ingvar; "Planning in a Market Economy", en *Weltwirtschaft Archiv*, núm. 95, 1965, p. 184-201.
- TERSMAN, Rune; *Statsmakterna och de statliga aktiebolagen*, Nordiska Bokhandeln, Stockholm, 1959, 276 p.
- VERNEY, Douglas V.; *Public Enterprise in Sweden*, Liverpool University Press, England, 1959, 132 p.
- VICTORIN, Anders; "The Implementation of a Wage Policy: Centralized Collective Bargaining in Sweden", en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 19, 1975, p. 29-315.
- WHYMAN, Philip; *Sweden and the 'Third Way'*, Ashgate Publishing, Hampshire, 2003, 251 p.

### 3. MODELO CONTINENTAL DE ESTADO SOCIAL

#### 3.1. Obras generales

- ALONSO GARCÍA, Enrique; *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, 568 p.
- ALZAAGA VILLAMIL, Oscar; *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Madrid, Trotta, 2011, 106 p.
- APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel; *Introducció al sistema polític i constitucional espanyol*, Ariel, Barcelona, 1991 (5ªed.), 238 p.
- APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel; BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè; *Manual de Derecho Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2012 (2ª ed.), 812 p.
- ARAGÓN REYES, Manuel; *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, 138 p.
- AUTEXIER, Christian; *Introduction au Droit public allemand*, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, 379 p.
- BACHOF, Otto; *Jueces y Constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985, 69 p.

- BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè; *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico: un análisis sobre la relación entre la organización territorial del Estado y la regulación de los derechos y deberes constitucionales*, Civitas, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics, Madrid, 1991, 141 p.
- BARTHÉLEMY, Joseph; DUEZ, Paul; *Traité de Droit constitutionnel*, Economica, Paris, 1985, 955 p.
- BEGUIN, Jean-Claude; *Le contrôle de constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, Paris, 1982, 311 p.
- BIN, Roberto; *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011, 580 p.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo; *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, 795 p.
- BOBBIO, Norberto; *Contribución a la teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1990, 406 p.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang; "Notas sobre el concepto de 'cambio constitucional'", en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, p. 181-196.
- BONNARD, Roger; *Précis de Droit public*, Recueil Sirey, Paris, 1937 (4ª ed.).
- BURDEAU, Georges; *Droit constitutionnel et institutions politiques*, L.G.D.J., Paris, 1980 (19ªed.), 672 p.
- BURDEAU, Georges; *Les libertés publiques*, L.G.D.J., Paris, 1961, 388 p.
- CALAMANDREI, Piero; *La Costituzione e le leggi per attuarla*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, 135 p.
- CANOSA USERA, Ramón; *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- CARMONA CUENCA, Encarnación; *El Estado social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, 198 p.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond; *Contribution à la théorie générale de l'État*, Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1920, Tomo II, 837 p.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond; *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Recueil Sirey, Paris, 1931, 228 p.
- DALY, Mary; "Comparing Welfare States: Towards a Gender Friendly Approach", en SAINSBURY, Diane; *Gendering Welfare States*, SAGE Publications, 1994, p. 101-118.
- DE CABO MARTÍN, Carlos; *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986, 139 p.
- DE CABO MARTÍN, Carlos; *Teoría histórica del Estado y del Derecho constitucional*, Vol. II, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1993, 360 p.
- DE LUCAS, Javier (coord.); *Introducción a la teoría del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 391 p.
- DE OTTO, Ignacio; *Derecho constitucional*, Editorial Ariel, Barcelona, 1988 (2ª ed.), 315 p.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe; *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 2000, 873 p.
- DÍAZ, Elías; *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus ediciones, Madrid, 1981(8ª ed.), 203 p.
- FAVOREU, Louis; "La decision de constitutionnalité", en *Revue internationale de Droit comparé*, vol. 38, 1986, p. 611-633.
- FAVOREU, Louis; "Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel", en *Mélanges Eisenmann*, Éditions Cujas, Paris, 1977, p. 33-48.

- FAVOREU, Louis; *et alter; Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2010 (13ª ed.), 1070 p.
- FAVOREU, Louis; *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del Derecho*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2000, 76 p.
- FAVOREU, Louis; PHILIP, Louis; *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris (10ª ed), 1999, 1024 p.
- FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco; *El bloque de constitucionalidad*, Civitas, Sevilla, Madrid, 1991, 203 p.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco; "Los sistemas de justicia constitucional: conformación histórica, evolución y progresiva convergencia", en *La justicia constitucional: una visión de Derecho comparado*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 35-224.
- FERRERES COMELLA, Víctor; *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007 (2ª ed.), 278 p.
- FERRERES COMELLA, Víctor; *Una defensa del modelo europeo de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011, 223 p.
- FERRY, Luc; RENAUT, Alain; *Philosophie politique. Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, Presses Universitaires de France, Paris, 1992 (3ª ed.), 189 p.
- FIORAVANTI, Maurizio; "Las doctrinas de la Constitución en sentido material", en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e historia constitucional*, núm. 6, 2010, p. 427-438.
- FOCAULT, Michel; *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France*, Seuil-Gallimard, Paris, 2004, (lecciones de 7 de febrero 1979 y 14 de febrero 1979) p. 105-190.
- FORSTHOFF, Ernst; *Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania*, Publicaciones del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Madrid, 1966, 50 p.
- FORSTHOFF, Ernst; *Traité de Droit administratif*, Bruylant, Bruxelles, 1969, 753 p.
- FROMONT, Michel; *Droit administratif des États européens*, Presses Universitaires de France, Thémis, Paris, 2006, 362 p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1991 (3ª ed.), 264 p.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel; MAESTRO BUELGA, Gonzalo; "Regulación constitucional y posibilidad del Estado social", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 22, 1988, p. 87-116.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel; *Derecho constitucional comparado*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1984 (7ª ed.), 636 p.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel; *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, 1977, 189 p.
- GARRORENA MORALES, Ángel; *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, 252 p.
- GAUDEMET, Yves; *Droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 2005 (18ª ed.), 453 p.
- GERBER, Carl Friedrich Von; *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1971, 216 p.
- GERPE LANDÍN, Manuel; "El Tribunal Constitucional: presentación", en *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 81, núm. 1, 1982, p. 175-184.

- GERPE LANDÍN, Manuel; "El control de constitucionalidad de las leyes", en *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 81, núm. 3, 1982, p. 693-702.
- GIANNINI, Massimo Severo; *El poder público: Estados y Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1991, 165 p.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim; *Direito constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, 1228 p.
- GONZÁLEZ CASANOVA, José Antonio; *Teoría del Estado y Derecho constitucional*, Ed. Vicens-Vives, 1982 (2ª ed.), 556 p.
- HÄBERLE, Peter; *El Estado constitucional*, UNAM, México, 2001, 339 p.
- HAURIUO, Maurice; *Précis de Droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929 (2ª ed.), 759 p.
- HELLER, Hermann; "¿Estado de Derecho o dictadura?", en *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 283-303.
- HELLER, Hermann; *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, 338 p.
- HERRERO DE MIÑÓN, Miguel; *El valor de la Constitución*, Crítica, Barcelona, 2003, 472 p.
- HESSE, Konrad; "Concepto y cualidad de la Constitución", en *Escritos de Derecho constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 33-55.
- HESSE, Konrad; "Constitución y Derecho constitucional", en BENDA, Ernst; *et alter; Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2001, p. 1-15.
- HESSE, Konrad; "La fuerza normativa de la Constitución", en *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 77-94.
- HESSE, Konrad; "La interpretación constitucional", en *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 57-76.
- HESSE, Konrad; *Derecho Constitucional y Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1995, 88 p.
- HESSE, Konrad; *Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, 576 p.
- JELLINEK, Georg; *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Società Editrice Libreria, Milano, 1912, 402 p.
- JELLINEK, Georg; *Teoría general del Estado*, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1973, 602 p.
- JÈZE, Gaston; *Les principes généraux du Droit administratif*, Marcel Giard Libraire-Éditeur, Paris, 1926, vol. 2.
- KÄGI, Werner; *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, Dykinson, Madrid, 2005, 234 p.
- KELSEN, Hans; *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995, 82 p.
- KELSEN, Hans; *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1995, 478 p.
- LABAND, Paul; *Le droit public de l'Empire allemand*, Paris, Vol. I, V. Giard & E. Brière, 1900, 540 p.
- LASSALLE, Ferdinand; *¿Qué es una Constitución?*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1987 (2ª ed.), 183 p.
- LEIBHOLZ, Gerhardt; *Conceptos fundamentales de la política y de teoría de la Constitución*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, 300 p.

- LÓPEZ GUERRA, Luis María; DE ESTEBAN, Jorge; *El régimen constitucional español*, Vol. I, Labor Universitaria, Barcelona, 1980, 352 p.
- LOPEZ PELLICER, José A.; *Lecciones de Derecho Administrativo*, Vol. II, Promociones y Publicaciones Universitarias, Murcia, p. 640 p.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Tecnos, Madrid, 1987, 286 p.
- LUCAS VERDÚ, Pablo; "El derecho constitucional como derecho administrativo", en *Revista de Derecho político*, núm. 13, 1982, p. 7-52.
- LUCAS VERDÚ, Pablo; *Curso de Derecho político*, Vol. I y II, Tecnos, Madrid, 1983, 444 p.
- LUCAS VERDÚ, Pablo; *La Constitución abierta y sus "enemigos"*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, 93 p.
- LUCAS VERDÚ, Pablo; *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, 156 p.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo; *La Constitución del trabajo en el Estado social*, Comares, Granada, 2002, 331 p.
- MARCUSE, Herbert; *Razón y revolución. Hegel y el surgimiento de la teoría social*, Alianza Editorial, Madrid, 1984 (8ª ed.), 446 p.
- MERRIEN, François-Xavier; *L'État-providence*, PUF, Paris, 2007 (3ª ed.), 127 p.
- MEZZETTI, Luca; *Diritto costituzionale. Manuale breve*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, 612 p.
- MIRANDA, Jorge; *Manual de Direito constitucional*, Tomo IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- MORTATI, Constantino; *La Constitución en sentido material*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, 260 p.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago; *Constitución*, Iustel, Madrid, 350 p.
- ORLANDO, Vittorio Emanuele; *Diritto pubblico generale: scritti varii*, Giuffrè, Milano, 1954.
- PARADA, Ramón; *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, Madrid, 2003 (14ª ed.), 775 p.
- PAREJO ALFONSO, Luciano; *Estado social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983, 326 p.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; *et alter; Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, 365 p.
- PÉREZ AYALA, Andoni; "Los orígenes del constitucionalismo social. Una aproximación desde una perspectiva histórico-comparativa", en GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel (dir.); *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, 1997, p. 333-371.
- PÉREZ ROYO, Francisco; "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984, p. 157-181.
- PIZZORUSSO, Alessandro; *Lecciones de Derecho constitucional*, vol. I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, 381 p.
- POSADA, Adolfo; "Introducción al estudio del Derecho administrativo", en MEYER, J; *La administración y la organización administrativa en Inglaterra, Francia, Alemania y Austria*, Analecta, Pamplona, 2003, p. 15-50.
- POSADA, Adolfo; *El régimen constitucional*, Librería General de Victoriano Suarez, Madrid, 1930, 206 p.

- POSADA, Adolfo; *Tratado de Derecho político*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1894, Tomo. II.
- PRIETO SANCHÍS, Luis; *Apuntes de teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005, 331 p.
- RIVERO, Jean; WALINE, Jean; *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 1994 (15ª ed.), 482 p.
- ROMANO, Santi; *Principii di Diritto Costituzionale generale*, Giuffrè, Milano, 1947, 335 p.
- ROSADO PACHECO, Santiago; *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa*, Dykinson, Madrid, 2007, 269 p.
- ROSANVALLON, Pierre; *La crise de l'État providence*, Éditions du Seuil, France, 1984 (2ª ed), 184 p.
- ROSANVALLON, Pierre; *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Éditions du Seuil, 1979 (3ª ed 1999), 252 p.
- RUBIO LLORENTE, Francisco; *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, 689 p.
- RÜRUP, Reinhard; "Génesis y fundamentos de la Constitución de Weimar", en *Ayer*, núm. 5, 1992, p. 125-158.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis; *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1980, 471 p.
- SCHMITT, Carl; *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1982, 377 p.
- SMEND, Rudolf; *Constitución y derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, 287 p.
- SOMBART, Werner; *El apogeo del capitalismo*, Vol. I, Fondo de Cultura económica, México, 1946, 546 p.
- STEIN, Ekkehard; *Derecho político*, Aguilar, Madrid, 1973, 322 p.
- STERN, Klaus; *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, 909 p.
- SUBIRATS I HUMET, Joan; "Estat, mercat i societat", en *Nous horitzons*, núm. 144, 1996, p. 31-36.
- TORRES DEL MORAL, Antonio; *Principios de Derecho constitucional español*, Vol. I, Atomo Ediciones, Madrid, 1988, 412 p.
- VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre; *Droit administratif*, Presses Universitaires de France, Thémis, Paris, 1992, (12ª ed.), Tomo I, 1518 p.
- VON GIERKE, Otto; *Community in Historical Perspective: A translation of Selections from Das Deutsche Genossenschaftsrecht (The German Law of Fellowship)*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, 267 p.
- WALINE, Jean; *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 2010 (23ª ed.), 728 p.
- ZAGREBELSKY, Gustavo; *Manuale di Diritto costituzionale*, Torino, UTET, 1987, 312 p.

### 3.2. Principios generales del Estado social en el modelo continental

- ABENDROTH, Wolfgang; "El concepto de estado de derecho democrático y social tal como se formula en la Constitución de la República Federal de Alemania", en *Sociedad antagónica y democracia política*, Ediciones Grijalbo, Barcelona-México, 1973, p. 265-291.

- ABENDROTH, Wolfgang; "El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político", en ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl; *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 11-42.
- ARAGÓN REYES, Manuel; "Principios constitucionales", en ARAGÓN REYES, Manuel (coord.); *Temas básicos de Derecho constitucional*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2001, p. 39-43.
- BELLOUBET-FRIER, Nicole; "Le principe d'égalité", en *L'actualité juridique. Droit administratif*, 1998, núm. spécial, p. 152-164.
- BENDA, Ernst; "Dignidad humana y derechos de la personalidad", en *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2001, p. 117-144.
- BENDA, Ernst; "El Estado social de Derecho", en *Manual de Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 487-559.
- BENDA, Ernst; "The Protection of Human Dignity (Article 1 of the Basic Law)", en AAVV; *Fifty Years of German Basic Law. The New Departure for Germany*, Conference Report, American Institute for Contemporary German Studies, Johns Hopkins University, 1999, p. 35-46.
- BERLIN, Isaiah; "Two Concepts of Liberty", en *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 1969, p. 1-32.
- BOBBIO, Norberto; *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, 155 p.
- BORGETTO, Michel; LAFORE, Robert; *La République sociale: contribution à l'étude de la question démocratique en France*, Paris, PUF, 2000, 367 p.
- CARMONA CUENCA, Encarnación; "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, 1994, p. 265-285.
- CASCAJO CASTRO, José Luis; "La voz 'Estado social y democrático de Derecho': materiales para un léxico constitucional español", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12, 1992, p. 9-23.
- DE CABO MARTÍN, Carlos; *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Madrid, 2006, 110 p.
- DE ESTEBAN ALONSO, Jorge; "La función transformadora de las Constituciones occidentales", en SÁNCHEZ AGESTA, Luis (coord.); *Constitución y economía (la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales)*, Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977, p. 149-160.
- DE OTTO, Ignacio; "Igualdad", en GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan; *Diccionario del sistema político español*, Madrid, Akal, 1984, p. 447-455.
- DESWARTE, Marie-Pauline; "L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", en *Revue française de Droit constitutionnel*, núm. 48, 1993, p. 23-58.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier; *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, 592 p.
- DÍEZ MORENO, Fernando; "El Estado social y la desigualdad", en AAVV; *El principio de igualdad en la Constitución española, XI Jornadas de Estudio*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, 1991, p. 85-119.
- ENDERS, Christoph; "The Right to Have Rights. The Concept of Human Dignity in German Basic Law", en *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenéutica e Teoria do Direito*, núm. 2, 2010, 8 p.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup> Fernanda; "Artículo 9.2. La igualdad real", en CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (dirs.); *Comentarios a la Constitución española: XXX aniversario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 139-147.

- FERRET JACAS, Joaquim; "El artículo 9.2 de la Constitución como parámetro del control de constitucionalidad", en AAVV; *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar*, vol. I, Madrid, 1988, p. 77-107.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel; "Rigidez constitucional y Estado social", en AAVV, *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho*, Escuela Judicial- Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, p. 33-88.
- GARRIDO FALLA, Fernando; "Artículo 9.2 CE", en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p. 165-168.
- GARRORENA MORALES, Ángel; *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, 254 p.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier; "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, p. 71-116.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo; DE LA CUEVA ALEU, Ignacio; "La dignidad humana en la jurisprudencia constitucional española", Ponencia presentada al IX Encuentro de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal, 2007.
- JOUANJAN, Olivier; *Le principe d'égalité devant la loi en Droit allemand*, Economica, Paris, tesis, 1992, 449 p.
- LAPORTA, Francisco J.; "El principio de igualdad: introducción a su análisis" en *Sistema*, núm. 67, 1985, p. 3-31.
- LEBEN, C; "Le Conseil Constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi", en *Revue du Droit public et de la Science politique*, 1982, p. 295-353.
- LÓPEZ GUERRA, Luís; "Las dimensiones del Estado social de Derecho", en *Sistema*, núm. 38-39, 1980, p. 171-192.
- LUCAS VERDÚ, Pablo; "Artículo 1: Estado social y democrático de Derecho", en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (coord.); *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol.1, 1996, p. 98-163.
- MATHIEU, Bertrand; "La République sociale", en MATHIEU, Bernard (dir.); *La République en droit français. Actes du colloque de Dijon, 10 et 11 décembre 1992*, Economica, Paris, 1996, p. 175-186.
- MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (eds.); *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2007, 108 p.
- MÉLIN-SOUCRAMANEN, Ferdinand; *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris, tesis, 1997, 397 p.
- MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; "La cláusula transformadora: el principio de igualdad de oportunidades", en MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; MORENO VIDA, Maria Nieves; *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 131-151.
- MONTILLA MARTOS, José Antonio; "El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad", en AAVV; *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1997, p. 437-464.
- NICOLÁS MUÑIZ, Jaime; "La declaración de Estado social en la Constitución española de 1978", en *Libro homenaje a Manuel García-Pelayo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1980, p. 163-180.

- PACE, Alessandro; "Igualdad y libertad", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002, p. 53-77.
- PAREJO ALFONSO, Luciano; *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, 149 p.
- PAVIA, Marie-Lucie; "La dignité de la personne humaine", en CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (dirs.); *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2001 (7ª ed.), p. 129-146.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; "El Estado social de Derecho", *Revista de historiografía*, núm. 9, 2008, p. 91-96.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio; *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, 84 p.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio; *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, 173 p.
- PELLISSIER, Gilles; *Le principe d'égalité en Droit public*, L.G.D.J., Paris, 1996, 143 p.
- PERELMAN, Chaïm; "Égalité et valeurs", en BUCH, Henri, *et alter; L'égalité*, Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1971, vol. 1, p. 318-326.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique; "Estado social y democrático de Derecho y derechos fundamentales", en PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique; *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2001 (7ª ed.), p. 212-245.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique; "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales", en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 1, 1981, p. 257-275.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique; *Dimensiones de la igualdad*, Madrid, Dykinson, 2008, 135 p.
- PÉREZ ROYO, Javier; "Estado social de Derecho", en ARAGÓN REYES, Manuel; *Temas básicos de Derecho constitucional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 162-164.
- RUBIO LLORENTE, Francisco; "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, p. 9-36.
- SANTAMARÍA IBEAS, Javier; *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Dykinson, Madrid, 1997, 422 p.
- TORRES DEL MORAL, Antonio; "El Estado social", en *Teoría y Derecho*, núm. 9, 2011, p. 20-53.
- TRUCHET, Didier; "L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État: retour aux sources et équilibre", en *Réflexions sur l'intérêt général- Rapport public du Conseil d'État*, 1999.
- VILLACORTA MANCEBO, Luis; *Principio de igualdad y Estado social: apuntes para una relación sistemática*, Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2006, 153 p.

### 3.3. Derechos sociales en el modelo continental

- AARNIO, Aulis; "Reglas y principios en el razonamiento jurídico", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 4, 2000, p. 593-602.
- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian; *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, 254 p.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis; "Los límites de los derechos fundamentales", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, p. 9-34.

- AGUT GARCÍA, Carmen; "El derecho a la negociación colectiva en España: breves consideraciones", en KURCZYN, Patricia (dir.); *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Néstor de Buen*, UNAM, México, 2003, p. 15-37.
- AJA, Eliseo; GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus; "Conclusiones generales", en AJA, Eliseo (ed.); *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, p. 261
- ALEXY, Robert; *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, 404 p.
- ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, 607 p.
- AÑÓN ROIG, María José; GARCÍA AÑÓN, José; *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, 2002, 326 p.
- APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel; "Sobre la estructura formal de los derechos constitucionales en la Constitución española", en APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel (coord.); *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos, Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico, 20 a 22 de octubre de 1999*, Cedecs, Barcelona, 2001, p. 43-92.
- ARA PINILLA, Ignacio; *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid: Tecnos, 1990, 165 p.
- BALDASSARRE, Antonio; "Constitución y teoría de los valores", en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 32, 1994, p. 7-34.
- BALDASSARRE, Antonio; "Diritti sociali", en *Enciclopedia giuridica*, Vol. XI, Roma, 1989, p. 1-34.
- BAÑO LEÓN, José María; "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, p. 155-179.
- BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè; "La contribución de las Comunidades Autónomas al reconocimiento y regulación de los derechos sociales", en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 9, 2011, p. 78-101.
- BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè; "La azarosa vida de los derechos sociales. Del cuestionamiento de su regulación autonómica a la supuesta inevitabilidad de su restricción", en AAVV; *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Editorial Universitas, 2013, p. 953-976.
- BARILE, Paolo; "Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale", en AAVV; *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici, Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 2-42.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco José; "Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos", en ALEXY, Robert; *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 103-150.
- BERNAL PULIDO, Carlos; *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, 871 p.
- BILBAO UBILLOS, Juan María; *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, 852 p.
- BIN, Roberto; *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1992, 184 p.

- BÖCKENFÖRDE, Ernst; "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental", en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 95-138.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang; "Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución", en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 72-83.
- BREWER-CARÍAS, Allan R.; *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, Cambridge University Press, New York, 2011, 933 p.
- BRUNET, Pierre; "Les principes généraux du Droit et la hiérarchie des normes", en DE BÉCHILLON, D; BRUNET, Pierre; CHAMPEIL-DESPLATS, V; MILLARD, E (coords.); *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 207-221.
- BÜHLER, Ottmar; "Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos", en *La Constitución de Weimar. La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 115-358.
- CARMONA CUENCA, Encarnación; "Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 76, 1992, p. 103-125.
- CASAL, Jesús María; "La apertura de la Constitución al proceso político y sus implicaciones", en AAVV; *Constitución y constitucionalismo hoy: cincuentenario del Derecho constitucional comparado de Manuel García-Pelayo*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, p. 127-148.
- CASCAJO CASTRO, José Luis; *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, 101 p.
- CASCAJO CASTRO, José Luis; "Derechos sociales", en AAVV; *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 19-44.
- CASCAJO CASTRO, José Luis; "Los derechos sociales, hoy", en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 38, 2009, p. 21-42.
- CERRI, Augusto; "Ragionevolezza delle leggi", en *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1994, p. 1-27.
- CHAPUS, René; "De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles", *Chroniques* 99, 1966.
- COBREROS MENDAZONA, E.; "Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado", *Revista Vasca de Administración Pública*, num. 19, 1987, p. 27-60.
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J.; *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, 148 p.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón; *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, 294 p.
- COSTANTINI, Stefano; "Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. 'clausole sociali'", en *IANUS*, núm. 5, 2011, p. 199-262.
- CRISAFULLI, Vezzio; "Le norme programmatiche della Costituzione", en *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Giuffrè, Milano, 1952 [U. Lleida].
- CRUZ VILLALÓN, Pedro; "El legislador de los derechos fundamentales", en LÓPEZ PINA, Antonio (ed.); *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, p. 125-146.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro; "Formación y evolución de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, p. 35-62.

- DÄUBLER, Wolfgang; "La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Allemagne", en ILIOPOULOS-STRANGAS, Julia (ed.); *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union européenne: étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 49-103.
- DÄUBLER, Wolfgang; *Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1994, 1021 p.
- DE CASTRO CID, Benito; "Los derechos sociales: análisis sistemático", en *Derechos económicos, sociales y culturales, Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho*, Universidad de Murcia, 1978, p. 11-33.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás; *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981, 104 p.
- DE OTTO, Ignacio; "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; DE OTTO PARDO, Ignacio; *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 95-172.
- DE VEGA, Pedro; "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social", en CORCUERA ATIENZA, Javier; GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel (eds.); *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 121-135.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe; "La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Italie", en ILIOPOULOS-STRANGAS, Julia (ed.); *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union européenne: étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 559-590.
- DEBENE, Marc; "Le Conseil constitutionnel et les 'principes particulièrement nécessaires à notre temps'", en *Actualité Juridique Droit Administratif*, 1978, p. 531-542.
- DWORKIN, Ronald; *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, 508 p.
- EGIDY, Stefanie; "Casenote- The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the *Hartz IV* Decision of the German Federal Constitutional Court", en *German Law Journal*, vol. 12, núm. 11, p. 1961-1982.
- ÉLIE, Marie-Pierre; "Les droits sociaux constitutionnels en Italie", en GAY, Laurence; MAZUYER, Emmanuelle; NAZET-ALLOUCHE, Dominique; *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 31-56.
- EMBIU IRUJO, Antonio; "El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 25, 1980, pag 191-206.
- FABRE, Cécile; "Social Rights in European Constitutions", en DE BÚRCA, Gráinne; DE WITTE, Bruno (eds.); *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2005, p. 15-28.
- FATIN-ROUGE STEFANINI, Marthe; "Les 'discriminations positives' en matière électorale aux États Unis et en France", en *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, núm. 23, 2008, 6 p.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco; "La quiebra frontal de la concepción kelseniana del 'legislador negativo'", en *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, UNAM, México, 2004, p. 71-90.
- GALLEGO, Raquel; GOMÀ, Ricard; SUBIRATS, Joan; "Las dinámicas de cambio en las políticas sociales: España en perspectiva comparada", en GALLEGO, Raquel; GOMÀ, Ricard; SUBIRATS, Joan (eds.); *Estado de Bienestar y Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 46-80.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; "Sobre los derechos públicos subjetivos", en *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 6, 1975, p. 427-448.

- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel; "Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española", en *Revista de Derecho Político*, núm. 58-59, 2003-2004, p. 277-304.
- GARCÍA MACHO, Ricardo; *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Estudios de derecho público, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, 232 p.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo; "La tiranía del derecho subjetivo. Contrarréplica a Gerardo Pisarello", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXIV, 2007, p. 509-514.
- GARCÍA TORRES, Jesús; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1986, 149 p.
- GARRIDO FALLA, Francisco; "El art. 53 de la Constitución", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 21, 1979, p. 173-188.
- GAUDEMET, Yves (dir.); *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Éditions Panthéon Assas, Paris, 2008, 219 p.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos; "El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales", en *Revista de Derecho político*, núm. 69, 2007, p. 95-130.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos; "La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, p. 277-320.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos; *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosch Editor, Barcelona, 2010, 136 p.
- GAY, Laurence; "Les droits sociaux constitutionnels en France: particularisme ou 'normalisation'?", en GAY, Laurence; MAZUYER, Emmanuelle; NAZET-ALLOUCHE, Dominique; *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 75-115.
- GAY, Laurence; *Les 'droits-créances' constitutionnels*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 826 p.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim; "Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988, p. 239-260.
- GRIMM, Dieter; *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, 214 p.
- GURVITCH, Georges; *La déclaration des droits sociaux*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1946.
- HÄBERLE, Peter; *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid, 2003, 240 p.
- HACHEZ, Isabelle; *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, Bruylant, Nomos Verlagsgesellschaft, Bruxelles, Baden-Baden, 2008, 693 p.
- HELLER, Hermann; "El Derecho constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales. De la economía", en *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 269-282.
- HEPPLE, Bob; *The Making of Labour Law in Europe. A Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, Hart Publishing, Oxford, 2010, 412 p.
- HESSE, Konrad; "Significado de los derechos fundamentales", en BENDA, Ernst; *et alter; Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2001, p. 83-115.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.; *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton Paperback, New York, 2000, 255 p.
- HORION, Paul; *Nouveau précis de Droit social belge*, Martinus Nijhoff, La Haie, 1969, 479 p.

- ILIOPOULOS-STRANGAS, Julia; "Conclusions comparatives", en ILIOPOULOS-STRANGAS, Julia (ed.); *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union européenne: étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 801-968.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier; "El legislador de los derechos fundamentales", en GÓMEZ ÁLVAREZ, Ubaldo (coord.); *Estudios de Derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, 1993, p. 473-510.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier; "España", en AJA, Eliseo (ed.); *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, p. 171-200.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier; *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, 132 p.
- JOUANJAN, Olivier; "La théorie allemande des droits fondamentaux", en *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. especial, 1998, p. 44-51.
- KASKEL, Walter; DERSCH, Hermann; *Derecho del Trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 1961, 564 p.
- LAPORTA, Francisco J.; "Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema", en JERÓNIMO BETEGÓN, ELIAS DÍAZ, et alter (coords.); *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 297-325.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás M.; "Sobre los derechos colectivos", en ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier; *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 17-46.
- LÓPEZ PINA, Antonio; "Capítulo III: De los principios rectores de la política social y económica", en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (dir.); *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV, Madrid, Edersa, 1996-1999, p. 19-41.
- LUCAS VERDÚ, Pablo; "Carl Schmitt, intérprete singular y máximo debelador de la cultura político-constitucional demoliberal", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 64, 1989, p. 25-92.
- LUCIANI, Massimo; "Sui diritti sociali", en ROMBOLI, Roberto (coord.); *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti Costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 79-107.
- MARSHALL, T. H.; *Citizenship and Social Class*, British Library, United Kingdom, 1950, 51 p.
- MAZZIOTTI, Manlio; "Diritti sociali", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milán, 1968, p. 802-810.
- MEDINA GUERRERO, Manuel; *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, 180 p.
- MODERNE, Franck; "Los derechos fundamentales de los extranjeros en Francia", en BILIGNO CAMPOS, Paloma (coord.); *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y Derecho comparado*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 3-53.
- MONACO, Giuseppe; "Spunti sulla tutela dei diritti sociali innanzi al giudice amministrativo", en *Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Trapani, 8-9 de junio, 2012, 13 p.
- MONEREO PÉREZ, José Luís; "La política social en el Estado del bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de 'desmercantilización'", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19, 1995, p. 7-45.
- MORRONE, Andrea; "Corte costituzionale e principio di ragionevolezza", en *La ragionevolezza nel diritto*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 239-286

- NAVARRO, Vicenç; "El Estado de bienestar en España", en NAVARRO, Vicenç (coord.); *El Estado de Bienestar en España*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 15-32.
- NAVARRO, Vicenç; "La protección social en España", en NAVARRO, Vicenç (coord.); *El Estado de Bienestar en España*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 33-82.
- NEUMANN, Franz L.; "Il significatto sociale dei diritti fondamentali nella costituzione di Weimar", en *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Il Mulino, 1983, p. 121-139.
- NIPPERDEY, Hans-Carl; HUECK, Hans-Carl; *Compendio de Derecho del trabajo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, 570 p.
- NOREÑA SALTO, José Ramón; "Acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales de configuración legal", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 3, 2003, p. 1861-1872.
- PACE, Alessandro; "Derechos de libertad y derechos sociales en el pensamiento de Piero Calamandrei", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 63, 1989, p. 35-63.
- PARDINI, Jean-Jacques; "Principe de *gradualità* et droitx sociaux de prestation. Ou l'effectivité partielle de la norme constitutionnelle en Italie", en GAY, Laurence; MAZUYER, Emmanuelle; NAZET-ALLOUCHE, Dominique; *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 57-73.
- PASSAGLIA, Paolo; ROMBOLI, Roberto; "La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva della Corte Costituzionale", en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (coord.); *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España, II Jornadas Italo-españolas de justicia constitucional*, Giuffrè Editore, Tirant lo Blanch, Universidad de Cádiz, Valencia, 2005, p. 11-69.
- PAVIA, Marie-Lucie; "La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la France", en ILIOPOULOS-STRANGAS, Julia (ed.); *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union européenne: étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 347-393.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; "Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales", en *Derechos económicos, sociales y culturales, Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho*, Universidad de Murcia, 1978, p. 51-68.
- PECES-BARBA, Gregorio; "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto", en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 6, 1998, p. 15-34.
- PELLOUX, Robert; "Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946", *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, 1947, p. 346-398.
- PEMÁN GAVÍN, Juan; "Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud", en *Derecho y salud*, vol. 16, 2008, p. 29-62.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique; "Las generaciones de derechos humanos", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, p. 203-217.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique; "Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos", en ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier; *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 259-270.
- PHILIP, Loïc; "La valeur juridique du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel", en *Mélanges Robert Pelloux*, Éditions L'Hermès, Lyon, 1980, p. 265-280.

- PISARELLO PRADOS, Gerardo; "Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales", en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, núm. 15, 2001, p. 81-107.
- PISARELLO PRADOS, Gerardo; "El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales", en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 38, 2009, p. 43-66.
- PISARELLO PRADOS, Gerardo; *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2006, 140 p.
- PISARELLO, Gerardo; GARCÍA MORALES, Aniza; OLIVAS DÍAZ, Amaya; *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2010, 92 p.
- PORRAS RAMÍREZ, José María; "Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional", en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco; *Derecho Constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 659-673.
- PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, José Luis; "Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional", en *Revista de Estudios Políticos*, 2003, p. 269-315.
- PRIETO SANCHÍS, Luis; "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, p. 9-57.
- QUEIROZ, Cristina M. M.; *Direitos fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 394 p.
- RIVERO, Jean; *Les libertés publiques*, PUF, Paris, 1995, 262 p.
- RIVERO, Jean; SAVATIER, Jean; *Droit du travail*, Presses Universitaires de France, Thémis, 1964, 522 p.
- ROBERT, Jacques; DUFFAR, Jean; *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, Paris, 1999, 909 p.
- ROMBOLI, Roberto; "Italia", en AJA, Eliseo (ed.); *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, p. 89-135.
- ROMBOLI, Roberto; "La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, 1996, p. 35-80.
- ROUAST, André; DURAND, Paul; *Précis de Droit du travail*, Dalloz, Paris, 1961, 555 p.
- ROVAGNATI, Andrea; "La pretesa a prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano", en *Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Trapani, 8-9 de junio, 2012, 34 p.
- RUBIO LLORENTE, Francisco; "Constitución: valores, principios, derechos", en OLLERO, Andrés (coord.); *Valores en una sociedad plural*, Fundación para el Análisis y los Estudios sociales, Madrid, 1999, p. 135-147.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso; "Derechos liberales y derechos sociales", en *Doxa*, núm. 15-16, 1994, p. 651-674.
- SALVADOR MARTÍNEZ, María; "Sobre el contenido objetivo de los derechos fundamentales", en APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel (coord.); *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Cedecs, Barcelona, 2001, p. 199-217.
- STARCK, Christian; "Derechos fundamentales y Derecho privado", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, p. 65-89.

- STERPA, Alessandro; "I diritti in Italia tra Unione Europea, Stato e Regioni", en *Anais eletrônicos do III Simposio Internacional de Direito: dimensoes materiais e ficaciais dos direitos fundamentais*, Brasil, 2012, p. 433-458.
- SUPIOT, Alain; *Le droit du travail*, PUF, Paris, 2004, 127 p.
- TAJADURA TEJADA, Idoia; "La protección de la salud (art. 43 CE)", en TAJADURA TEJADA, Javier (dir.); *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, p. 203-261.
- TURPIN, Dominique; *Libertés publiques. Droits fondamentaux*, Paris, Seuil, 1993, 223 p.
- VAN DER VORST, Pierre; "Esquisse d'une théorie générale du 'risque professionnel' et du 'risque juridique'", *Journal des Tribunaux*, 1975, p. 373-377 y 389-394.
- VANDEBURIE, Aurélien; *L'article 23 de la Constitution. Coquille vide ou boîte aux trésors?*, La Chartre, Bruxelles, 2008, 266 p.
- VEDEL, Georges; RIVERO, Jean; "Les principes économiques et sociaux de la constitution: le Préambule", *Droit social*, vol. XXI, 1947, p. 13-35.
- VERDUSSEN, Marc; BONBLED, Nicolas; "Les droits culturels et sociaux dans la Constitution belge", en VERDUSSEN, Marc (dir.); *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 35-84.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos; *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Livraria Almedina, Coimbra, 1983, 350 p.
- VILLABONA BLANCO, M<sup>a</sup> Pilar; "La Constitución mexicana de 1917 y la española de 1931", en *Revista de Estudios Políticos*, num. 31-32, 1983, p. 199-208.
- WEBER, Albrecht; "L'État social et les droits sociaux en RFA", en *Revue française de droit constitutionnel*, núm. 24, 1995, p. 677-693.
- WEISS, Manfred; SCHMIDT, Marlene; *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Wolters Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 271 p.

### 3.4. Derechos económicos y Constitución económica en el modelo continental

- ALBERTÍ ROVIRA, Enoch; "La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)", *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 71, 2004, p. 123-159.
- ALBERTÍ ROVIRA, Enoch; *Autonomia política i unitat econòmica. Les dimensions constitucional i europea de la lliure circulació i del mercat*, Institut d'Estudis Autonòmics, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1993, 291 p.
- ARAGÓN REYES, Manuel; "Constitución española: economía de mercado y Estado social", en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (ed.); *El principio de igualdad*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 105-120.
- ARAGÓN REYES, Manuel; *Libertades económicas y Estado social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, 141 p.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, et alter; *Principios de Derecho público económico*, Comares, Granada, 2001, 987 p.
- BARNÉS VÁZQUEZ, Javier; "El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978", en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (coord.); *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 25-66.
- BASSOLS COMA, Martín; *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1988 (2<sup>a</sup> ed.), 351 p.

- BLAISE, Jean-Bernard; *Droit des affaires: commerçants, concurrence, distribution*, L.G.D.J., Paris, 2000, 585 p.
- BOGNETTI, G; *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1983, 334 p.
- CARTEI, Gian Franco; "La propiedad en la Constitución italiana", en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (coord.); *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 191-214.
- CASSESE, Sabino; *La nuova Costituzione economica*, Editori Laterza, Roma, 2012, 327 p.
- CIDONCHA, Antonio; *La libertad de empresa*, Aranzadi, Thomson Civitas, Navarra, 2006, 412 p.
- COLSON, Jean-Philippe; IDOUX, Pascale; *Droit public économique*, L.G.D.J., Paris, 2010 (5ª ed.), 980 p.
- DE JUAN ASENJO, Oscar; *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, 371 p.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás; "La Constitución económica de España", en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (ed.); *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo X, Edersa, Madrid, 1996-1999, Pag?
- DELVOLVÉ, Pierre; *Droit public de l'économie*, Dalloz, Paris, 1998, 799 p.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; "Propiedad y Constitución", en SÁNCHEZ AGESTA, Luis (coord.); *Constitución y economía (la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales)*, Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977, p. 39-47.
- DONGES, Juergen B.; "Sistema económico y Constitución alemana", en SÁNCHEZ AGESTA, XXX (coord.); *Constitución y economía*, 1977, p. 131-142.
- FROMONT, Michel; "Les jurisprudences constitutionnelles en matière économique aux États-Unis, en République fédérale d'Allemagne et en France", en *Revue internationale de Droit économique*, núm. 3, 1989, p. 289-301.
- GARCÍA COTARELO, Ramon; "El régimen económico-social de la Constitución española", en FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (coord.); *Lecturas sobre la Constitución española*, Madrid, UNED, 1978, p. 69-83.
- GARCÍA VITORIA, Ignacio; *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, 325 p.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel; "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", en MANUEL RAMÍREZ (ed.); *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza: Libros Pórtico, 1979, p. 27-53.
- GIANNINI, Massimo Severo; *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bolonia, 1989 (3ª ed.), 339 p.
- HÄBERLE, Peter; "Siete tesis para una teoría constitucional del mercado", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, 2006, p. 11-30.
- HUBER, Hans-Rudolf; *Administración autónoma de la economía*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967, 117 p.
- KIMMINICH, Otto; "La propiedad en la Constitución alemana", en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (coord.); *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 151-173.
- LEGUINA VILLA, Jesús; "El régimen constitucional de la propiedad privada", en *Derecho privado y Constitución*, núm. 3, 1994, p. 9-28.
- LINOTTE, Didier; ROMI, Raphaël; *Droit public économique*, LexisNexis, Paris, 2012 (7ª ed.), 478 p.

- LÓPEZ LÓPEZ, Angel M.; "El derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites", en MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; MORENO VIDA, María Nieves (dirs.); *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, p. 249-285.
- LOPEZ LOPEZ, Ángel M.; *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988, 183 p.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo; "La Constitución económica española: de la tradición del Estado social a la integración europea", en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje a Jordi Solé Tura*, vol. 2, 2008, p. 1977-2000.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián; "La 'Constitución económica en el texto de la Constitución española de 1978'", en AAVV; *Constitución y constitucionalismo hoy: cincuentenario del Derecho constitucional comparado de Manuel García-Pelayo*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, p. 150-174.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio; *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1982, 94 p.
- MERCADO PACHECO, Pedro; "Derechos y orden económico: reflexiones sobre la 'Constitución económica'", en BETEGÓN, Jerónimo; DÍAZ, Elías, et alter (coords.); *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 855-873.
- MONTGOLFIER, Jean-François; "Le Conseil constitutionnel et la propriété des personnes privées", *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 31, 2011.
- MORISI, Massimo; "Aspectos esenciales de la relación entre Estado y Economía en una Constitución de la crisis", en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; PREDIERI, Alberto; *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1981, p. 377-421.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago; "Los límites constitucionales de la libertad de empresa", en COSCULLUELA MUNTANER, Luis (coord.); *Estudios de Derecho público económico: libro en homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 139-163.
- PAPIER, Hans-Jürgen; "Ley Fundamental y orden económico", en BENDA, Ernst; et alter; *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2001, p. 561-612.
- PARDO FALCÓN, Javier; "El Tribunal Constitucional y la propiedad", en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (coord.); *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 67-87.
- PAZ-ARES, Cándido; ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús; "El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación", en MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; MORENO VIDA, María Nieves (dirs.); *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, p. 357-437.
- PAZ-ARES, Cándido; ALFARO AGUILA-REAL, Jesús; "Un ensayo sobre la libertad de empresa", en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio; et alter (eds.); *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, Tomo IV, p. 5971-6040.
- REICH, Norbert; *Mercado y Derecho. Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana*, Editorial Ariel, Barcelona, 1985, 373 p.
- REY MARTÍNEZ, Fernando; *La propiedad privada en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, 462 p.

- RUBIO LLORENTE, Francisco; "La libertad de empresa en la Constitución", en IGLESIAS PRADA, Juan Luis (coord.); *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. I, Madrid, Civitas, 1996, p. 431-446.
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo; "La libertad de empresa en la Constitución económica española: especial referencia al principio de la libre competencia", en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 215, 1995, p. 223-258.
- TORRES DEL MORAL, Antonio; "Realización del Estado social y constitución económica", en TEROL BECERRA, Manuel (dir.); *El Estado social y sus exigencias constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 19-124.
- TORRES LÓPEZ, Juan; *Economía política*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2002, 495 p.
- WOLFF, Martin; "Constitución del Reich y propiedad", en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 1, 2007, p. 290-307.

### 3.5. Instrumentos formales del Estado social en el modelo continental

- ALBERTÍ ROVIRA, Enoch; "Criterios constitucionales de la intervención pública en la economía", en AAVV; *La Constitución económica. XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 77-105.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar; "El Estado empresario: iniciativa pública y reservas al sector público", en MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; MORENO VIDA, María Nieves (dirs.); *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, p. 441-465.
- AUBY, Jean-François; *Les services publics en Europe*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998, 127 p.
- BARNÉS VÁZQUEZ, Javier; "El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades a la dimensión activa de los actores privados en cuanto a protagonistas y corresponsables de la vida económica", en AAVV; *La Constitución económica. XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 33-75.
- BASSOLS COMA, Martín; "La Constitución como marco de la legislación económica", en *Economía Industrial*, núm. 349-350, 2003, p. 17-28.
- BASSOLS COMA, Martín; "La planificación y la intervención pública en la economía", en AAVV; *La empresa en la Constitución española*, Fomento del Trabajo Nacional, Aranzadi, Pamplona, 1989, p. 137-165.
- CROUCH, Colin; "L'État, le social et le marché. Trois entités en tension pour une régulation", en AUVERGNON, Philippe; *L'État à l'épreuve du social*, 1998, p. 131-138.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás; "Artículo 128: Riqueza, iniciativa pública y reserva al servicio público", en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (ed.); *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo X, Edersa, Madrid, 1996-1999, p. 47-89.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F.; "Constitución económica y Derecho mercantil", en AAVV; *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, Madrid, Civitas, 1979, p. 63-110.
- FONT GALÁN, Juan Ignacio; *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, 350 p.

- GALGANO, Francesco; "Gobierno de la economía y empresa pública", en CORCUERA ATIENZA, Javier; GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel (eds.); *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 159-169.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; "Sobre la no inconstitucionalidad del Decreto-Ley 2/83, de 23 de febrero", en *La Ley*, núm. 2, 1983, p. 1143-1149.
- GARRIDO FALLA, Fernando; "El concepto de servicio público en Derecho español", en *Revista de Administración pública*, núm. 135, 1994, p. 7-36.
- GARRIDO FALLA, Fernando; "El modelo económico de la Constitución española y la revisión del concepto de servicio público", en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 29, 1981, p. 225-237.
- GARRIDO FALLA, Fernando; et alter; *El modelo económico en la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, vol. 1, 311 p.
- GARRIDO FALLA, Francisco; *Tratado de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1992 (10ª ed.), 484 p.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Manuel; LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María; "Las bases de la política fiscal y presupuestaria (I)", en MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; MORENO VIDA, María Nieves (dirs.); *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, p. 525-545.
- JORDANA DE POZAS, Luis; "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 40, 1948, p. 41-54.
- KERNINON, Jean; *Les cadres juridiques de l'économie mixte*, L.G.D.J, Paris, 1994 (2ª ed.), 169 p.
- LE MESTRE, Renan; *Droit du service public*, Gualino éditeur, Paris, 2005, 532 p.
- LÉVÊQUE, François; *Économie de la réglementation*, La Découverte, Paris, 2004, 122 p.
- MARCOU, Gérard; "Les services publics en Droit allemand", en MODERNE, Franck; MARCOU, Gérard (eds.); *L'idée de service public dans le droit des états de l'Union européenne*, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 83-192.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián; *Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid, Vol. 1, 1988, 504 p.
- MODERNE, Franck; "La notion de service public en Espagne", en MODERNE, Franck; MARCOU, Gérard (eds.); *L'idée de service public dans le droit des états de l'Union européenne*, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 313-364.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago; "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", en MUÑOZ MACHADO, Santiago; ESTEVE PARDO, José (dirs.); *Derecho de la regulación económica*, Vol. I, Iustel, Madrid, 2009, p. 15-243.
- PALAO TABAODA, C; "Protección constitucional de la propiedad privada como límite del poder tributario", en *Hacienda y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 277-320.
- PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón; "Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas", en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-101, 1983, p. 1139-1168.
- ROJO, Angel; "Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española", en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 169-170, 1983, p. 309-344.
- SERRANO TRIANA, Adolfo; *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado de bienestar*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1983, 158 p.

- STOBER, Rolf; *Derecho Administrativo Económico*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992, 398 p.
- SUBIRATS I HUMET, Joan; "Notas acerca del Estado, la Administración y las políticas públicas", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 59, 1988, p. 173-197.
- VILLAR PALASÍ, José Luis; "La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo", en *Revista de Administración Pública*, num. 3, 1950, p. 53-129.

#### 4. INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL ESTADO SOCIAL

##### 4.1. Obras generales

- AZOULAI, Loïc; "The Future Constitutional Role of the European Court of Justice", en CLOSA, Carlos; BAQUERO CRUZ, Julio (eds.); *European Integration from Rome to Berlin, 1957-2007*, Peter Lang, Bruxelles, 2009, p. 229-262.
- BAQUERO CRUZ, Julio; "A Juridical Götterdämmerung: The Lisbon Decision of the German Constitutional Court", en AUDEL, Katrin; BAQUERO CRUZ, Julio; *Karlsruhe's Europe*, Notre Europe, núm. 78, 2010, p. 1-23.
- BAQUERO CRUZ, Julio; "The Legacy of the Maastricht Urteil and the Pluralist Movement", en *European Law Journal*, vol. 14, núm. 4, 2008, p. 389-422.
- BECK, Gunnar; "The Lisbon Judgement of the German Constitutional Court, the Primacy of EU Law and the Problem of *Kompetenz-Kompetenz*: A Conflict between Right and Right in Which There is No *Praetor*", *European Law Journal*, vol. 17, núm. 4, 2011, p. 470-494.
- BUSTOS GISBERT, Rafael; *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005, 218 p.
- CLOSA MONTERO, Carlos; "E pur si muove: Teorías sobre la integración europea", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 85, 1994, p. 339-364.
- CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne (eds.); *EU Law. Texts, Cases and Materials*, OUP, Oxford, 2008 (4ª ed.), 1148 p.
- DASHWOOD, Alan; "The Limits of European Community Powers", *European Law Review*, vol. 21, núm. 2, p. 113-128.
- DE BÚRCA, Grainne; "Reflections on the EU's Path from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty", *Jean Monnet Working Paper* nº 3/2008, 38 p.
- DE CABO MARTÍN, Carlos; "Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, 2009, p. 17-48.
- DE WITTE, Bruno; "Retour à 'Costa'. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international", en *Revue trimestrielle de droit européen*, 1984, p. 425-454.
- DE WITTE, Bruno; "Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order", en CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Grainne (eds.); *The Evolution of EU Law*, OUP, Oxford, 2011, p. 323-362.
- DE WITTE, Bruno; "The European Union as an international legal experiment", en DE BÚRCA, Gráinne; WEILER, J. H. H.; *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, New York, 2012, p. 19-56.
- DONY, Marianne; *Droit de l'Union Européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2010 (3ª ed), 762 p.

- DUMONT, Hugues; "La contribution de la Charte à la constitutionnalisation du Droit de l'Union européenne", en CARLIER, Jean-Yves; DE SCHUTTER, Olivier (eds.); *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 61-96.
- HAAS, Ernst B.; *The Uniting of Europe*, Stevens&Sons, London, 1958, 552 p.
- HÄBERLE, Peter; "El Derecho constitucional común europeo", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 39, 1993, p. 7-46.
- HALBERSTAM, Daniel; "Local, Global and Plural Constitutionalism: Europe Meets the World", KRISCH, Nico; "The Case for Pluralism in Postnational Law", ambos en DE BÚRCA, Gráinne; WEILER, J. H. H. (eds.); *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, New York, 2012, p. 150-202.
- HALBERSTAM, Daniel; MÖLLERS, Christoph; "The German Constitutional Court says 'Ja zu Deutschland!'", en *German Law Journal*, vol. 10, núm. 8, 2009, p. 1241-1257.
- HANF, Dominik; "L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'arrêt 'Lisbonne' de la Cour Constitutionnelle fédérale", en *Cahiers de droit européen*, núm. 5, 2009, p. 639-710.
- IPSEN, Hans Peter; "La posición jurídica de las comunidades", en *Revista española de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, 2010, p. 461-489.
- JOERGES, Christian; "The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form", RECON Online Working Paper 2010/05, 46 p.
- KRISCH, Nico; "The Case for Pluralism in Postnational Law", en DE BÚRCA, Gráinne; WEILER, J. H. H.; *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, New York, 2012, p. 203-261.
- LENAERTS, Koen; "La constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union européenne", en *En hommage à Francis Delperée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 815-831.
- LENAERTS, Koen; "The Basic Constitutional Charter of a Community Based on the Rule of Law", en POIARES MADURO, Miguel; AZOULAI, Loïc (eds.); *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford and Oregon, 2010, p. 295-315.
- LENAERTS, Koen; CORTHAUT, Tim; "Of Birds and Hedges: the Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law", en *European Law Review*, vol. 31, 2006, p. 287-315.
- LENAERTS, Koen; VAN NUFFEL, Piet; *Constitutional law of the European Union*, Thomson, Sweet&Maxwell, London, 2005 (2ª ed.), 969 p.
- MACCORMICK, Neil; "Beyond the Sovereign State", *The Modern Law Review*, vol. 56, nº 1, 1993, p. 1-18.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo; "De la constitución normativa a la desnormativización constitucional", en *Jueces para la democracia*, núm. 42, 2001, p. 40-48.
- MORAVCSIK, Andrew; "Negotiating the Single European Act: National Interests and Conventional Statecraft in the European Community", en *International Organization*, vol. 45, núm. 1, 1991, p. 19-56.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago; *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, 159 p.

- OST, François; DE KERCHOVE, Michel; *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2002, 596 p.
- PÉREZ TREMP, Pablo; "Constitución española y Unión Europea", en *Revista española de Derecho constitucional*, nº 71, 2004, p. 103-121.
- PÉREZ TREMP, Pablo; *Constitución española y Comunidad europea*, Civitas, Madrid, 1993, 200 p.
- PERNICE, Ingolf; "The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action", en *The Columbia Journal of European Law*, vol. 15, núm. 3, 2009, p. 349-407.
- PERNICE, Ingolf; MAYER, Franz C.; "De la Constitution composée de l'Europe", en *Revue trimestrielle de droit européen*, 2000, p. 623-644.
- PESCATORE, Pierre; "The Doctrine of 'Direct Effect': An Infant Disease of Community Law", en *European Law Review*, 1983, p. 155-177.
- PESCATORE, Pierre; *Le droit de l'intégration*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 100 p.
- PISARELLO PRADOS, Gerardo; "¿Constitucionalismo sin Constitución o Constitución sin constitucionalismo? Elementos para una lectura de la construcción europea en clave post-estatal", en *Revista de Derecho constitucional europeo*, 2006, p. 245-278.
- POIARES MADURO, Miguel; "Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action", en WALKER, Neil (ed.); *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, p. 501-537.
- POIARES MADURO, Miguel; "Europe and the Constitution: What if this is as Good as it Gets?", en WEILER, Joseph; WIND, Marlene (eds.); *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, New York, 2003, p. 74-102.
- PRECHAL, Sacha; "Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union", en BARNARD, Catherine (ed.); *The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, OUP, Oxford, New York, 2007, p. 35-69.
- RUGGIE, John Gerard; "International Regimes, Transactions and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order", en *International Organization*, vol. 36, núm. 2, 1982, p. 379-415.
- STEIN, Eric; "Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution", en *The American Journal of International Law*, vol. 71, núm. 1, 1981, p. 1-27.
- TAJADURA TEJADA, Javier; "La crisis de la Constitución en el proceso de integración europea", en *Revista de Derecho político*, núm. 53, 2002, p. 241-269.
- VIELLE, Pascale; POCHET, Philippe; CASSIERS, Isabelle (dir.); *L'État social actif : vers un changement de paradigme ?*, P.I.E.- Peter Lang, Bruxelles, 2005, 357 p.
- VON BOGDANDY, Armin; SCHILL, Stephan; "Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity Under the Lisbon Treaty", en *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, p. 1417-1454.
- WALKER, Neil; "The Idea of Constitutional Pluralism", en *The Modern Law Review*, vol. 65, núm. 3, 2002, p. 317-359.
- WEILER, Joseph; "Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision", en *European Law Journal*, vol. 1, núm. 3, 1995, p. 219-258.
- WEILER, Joseph; "In Defence of the *status quo*: Europe's Constitutional *Sonderweg*", en WEILER, Joseph; WIND, Marlene (eds.); *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, New York, 2003, p. 7-23.
- WEILER, Joseph; "The Community System: The Dual Character of Supranationalism", en *Yearbook of European Law*, vol. 1, 1981, p. 267-304.

WEILER, Joseph; "The Transformation of Europe", en *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999, p. 10-101.

#### 4.2. Principios generales en el ordenamiento de la Unión Europea

AZOULAI, Loïc; "Article I-3", en BURGORGUE-LARSEN, Laurance; LEVADE, Anne; PICOD, Fabrice (dirs.); *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 60-77.

AZOULAI, Loïc; "The Court of Justice and the Social Market Economy: the Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization", en *Common Market Law Review*, vol. 45, 2008, p. 1335-1356.

BELL, Mark; "The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening", en CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Grainne (eds.); *The Evolution of EU Law*, OUP, Oxford, 2011, p. 611-639.

BITTNER, Claudia; "Casenote- Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee of a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court's Judgment of 9 February 2010", en *German Law Journal*, vol. 12, núm. 11, p. 1941-1960.

BRIBOSIA, Emmanuelle; "La lutte contre les discriminations dans l'Union européenne: une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée", en BAYART, Christian; DROOGHENBROECK, Sébastien; SOTTIEUX, Stefan (eds.); *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Bruxelles, Die Keure, La Charte, 2008, p. 31-62.

BRIBOSIA, Emmanuelle; RORIVE, Isabelle; "In Search of a Balance Between the Right to Equality and Other Fundamental Rights", Report of the European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, European Commission, 2010, 96 p.

DE SCHUTTER, Olivier; "Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law", en *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 57, núm. 1, 2005, p. 1-56.

DE SCHUTTER, Olivier; *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, PIE-Peter Lang, Bruxelles, 2001, 234 p.

DONY, Marianne; "Les valeurs, principes et objectifs de l'Union", en DONY, Marianne; BRIBOSIA, Emmanuelle (eds.); *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Institut d'Études Européennes, Université Libre de Bruxelles, 2005, p. 33-45.

ESTEVE GARCÍA, Francina; "Las Directivas europeas contra la discriminación racial y la creación de organismos especializados para promover la igualdad. Análisis comparativo de su transposición en España y en Francia", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, 2008, p. 189-230.

HEPPLE, Bob; "Social Values and European Law", en *Current Legal Problems*, núm. 48, 1995, p. 39-61.

HERDEGEN, M; "The Origins and Development of General Principles of Community Law", en BERNITZ, Ulf; NERGELIUS, Joakim; *General Principles of EC Law*, Kluwer Law International, ciudad? p. 3-23.

JOERGES, Christian; RÖDL, Florian; "'Social Market Economy' as Europe's Social Model?", *EU Working Paper Law 2004/8*, 27 p.

MORE, Gillian; "The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?", en CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Grainne (eds.); *The Evolution of EU Law*, OUP, Oxford, 1999, p. 517-553.

PESCATORE, Pierre; "Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice", en *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, vol. 2, Bruylant, Bruxelles, 1972, p. 325-363.

- RIDEAU, Jean; "Les valeurs de l'Union européenne", en *Revue des affaires européennes*, vol. 2, 2012, p. 329-349.
- SCHIEK, Dagmar; "Age Discrimination Before the ECJ- Conceptual and Theoretical Issues", en *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, p. 777-799.
- SCHIEK, Dagmar; "Constitutional Principles and Horizontal Effect: *Kükükdeveci* Revisited", en *European Labour Law Journal*, vol. 1, 2010, p. 368-379.
- SEN, Amartya; *Development as Freedom*, OUP, Oxford, New York, 1998, 366 p.
- SWINNEN, Willem; "The Economic Perspective in the Reasoning of the ECJ in Age Discrimination Cases", *European Labour Law Journal*, vol. 1, 2010, p. 254-263.
- TRIDIMAS, Takis; "Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny", en ELLIS, Evelyn (ed.); *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 1999, p. 65-84.
- TRIDIMAS, Takis; *The General Principles of EU Law*, OUP, Oxford, 2006, 589 p.
- WADDINGTON, Lisa; "The Expanding Role of the Equality Principle in European Union Law", EUI Policy Paper 2003/04, 29 p.
- WADDINGTON, Lisa; BELL, Mark; "Exploring the Boundaries of Positive Action Under EU Law: A Search for Conceptual Clarity", en *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, p. 1503-1526.

#### 4.3. Elementos económicos del ordenamiento de la Unión Europea

- ALBERTON, Ghislaine; "Le droit de propriété dans la jurisprudence communautaire", en SUDRE, François; *Réalité et perspectives du Droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, p. 339-398.
- ARMSTRONG, Kenneth A.; "Mutual Recognition", en BARNARD, Catherine, SCOTT, Joanne (eds.); *The Law of the Single European Market. Unpacking the premises*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2002, p. 225-267.
- AZOULAI, Loïc; "L'ordre concurrentiel et le Droit communautaire", en AAVV; *L'ordre concurrentiel: mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Frison-Roche, Paris, 2003, p. 277-309.
- BAQUERO CRUZ, Julio; *Entre competencia y libre circulación. El Derecho constitucional económico de la Comunidad europea*, Civitas, Madrid, 2002, 293 p.
- BARNARD, Catherine; "Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is State Interest Really Protected?", en BARNARD, Catherine; ODUDU, Okeoghene (eds.); *The Outer Limits of European Union Law*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2009, p. 273-305.
- BARNARD, Catherine; "Fitting the Remaining Pieces into the Goods and Persons Jigsaw?", en *European Law Review*, vol. 26, 2001, p. 35-59.
- BARNARD, Catherine; "Social Dumping and the Race to the Bottom: Lessons for the European Union from Delaware", en *European Law Review*, vol. 25, 2000, p. 57-78.
- BARNARD, Catherine; *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, OUP, Oxford, 2010 (3ª ed.), 674 p.
- BOY, Laurence; "L'ordre concurrentiel: essai de définition d'un concept", en AAVV; *L'ordre concurrentiel: mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Frison-Roche, Paris, 2003, p. 23-56.

- BOY, Laurence; "Le droit de la concurrence, élément d'une constitution européenne?", en DEBARGE, Olivier; GEORGOPOULOS, Théodore; RABAEY, Olivier (coords.); *La Constitution économique européenne. Deuxièmes rencontres du GIEPI, 12 et 13 mai 2006*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 123-145.
- CALLIESS, Christian; "The Fundamental Right to Property", en EHLERS, Dirk (ed.); *European Fundamental Rights and Freedoms*, Walter de Gruyter, Berlin, 2007, p. 448-465.
- CONSTANTINESCO, Léontin-Jean; "La constitution économique de la C.E.E.", *Revue trimestrielle de Droit européen*, 1977, p. 244-281.
- CRAIG, Paul; "The Evolution of the Single Market", en BARNARD, Catherine; SCOTT, Joanne (eds.); *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 1-40.
- DREXL, Josef; "Le droit de la concurrence international: menace ou gardien des droits de l'homme?", en BOY, Laurence;; RACINE, Jean-Baptiste; SIIRIAINEN, Fabrice (coords.); *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 335-359.
- EHLERMAN, Claus-Dieter; "Comment on Manfred E. Streit and Werner Mussler: 'The Economic Constitution of the European Community- From 'Rome' to 'Maastricht'", en *European Law Journal*, vol. 1, 1995, p. 84-85.
- EHLERS, Dirk; "General Principles", en EHLERS, Dirk; (ed.); *European Fundamental Rights and Freedoms*, Walter de Gruyter, Berlin, 2007, p. 172-225.
- EHMKE, Horst; "Economía y Constitución", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, 2006, p. 329-380.
- FONT GALÁN, Ignacio; *La libre competencia en la Comunidad europea*, Real Colegio de España, Bolonia, 1986, 334 p.
- GERARD, Damien; "EU Competition Policy after Lisbon: Time for the Review of the 'State Action Doctrine'?", *Working Paper*, Université de Louvain, 2010, 14 p.
- GERBER, David J.; "Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the 'New' Europe", en *American Journal of Comparative Law*, vol. 41, 1994, p. 25-84.
- GERBER, David J.; *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, OUP, Oxford, 2001, 472 p.
- HATZOPOULOS, Vassilis; "Le principe de la reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services", en *Cahiers de Droit européen*, 2010, p. 47-93.
- JOERGES, Christian; "European Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty", en DEHOUSSE, Robert (dir.); *Europe after Maastricht. An Ever Closer Unión?*, Munich, C.H. Beck, 1994, p. 29-62.
- JOERGES, Christian; "The Market without the State? States without a Market? Two Essays on the Law of the European Economy", *EUI Working Paper*, 1996, 83 p.
- JOERGES, Christian; "La Constitution économique européenne en processus et en procès", en *Revue internationale de droit économique*, vol. 3, 2006, p. 245-284.
- JOERGES, Christian; "What is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy", en *European Law Review*, 2005, vol. 30, p. 461-489.
- JONES, Alison; SUFRIN, Brenda; *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, OUP, Oxford, 2004, 1303 p.

- KINGREEN, Thorsten; "Fundamental Freedoms", en VON BOGDANDY, Armin; BAST, Jürgen (eds.); *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2010 (2ª ed.), p. 515-549.
- MAESTRO BUELGA, G: "Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, 2000, pàgs. 123-156.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo; "El Tratado de Lisboa y la Constitución económica", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 9, 2008, p. 37-68.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo; "Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, vol. 8, 2007, p. 43-73.
- MARENCO, Giuliano; "Competition Between National Economies and Competition Between Businesses- A Response to Judge Pescatore", en *Fordham International Law Review*, vol. 10, núm. 3, 1986, p. 420-443.
- NÖRR, Knut Wolfgang; "'Economic Constitution': On the Roots of a Legal Concept", en *Journal of Law and Religion*, vol. 11, 1994, p. 343-354.
- ODUDU, Okeoghene; "Economic Activity as a Limit to Community Law", en BARNARD, Catherine; ODUDU, Okeoghene (eds.); *The Outer Limits of EU Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 225-243.
- ODUDU, Okeoghene; "The Meaning of an Undertaking within 81 EC", en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 7, 2005, p. 211-241.
- OLIVER, Peter; "Of Trailers and Jet Skis: Is the Case Law on Article 34 TFEU Hurling in a New Direction?", en *Fordham International Law Journal*, vol. 33, núm. 5, 2011, p. 1423-1471.
- OLIVER, Peter; ROTH, Wulf-Henning; "The Internal Market and the Four Freedoms", en *Common Market Law Review*, vol. 41, 2004, p. 407-441.
- PESCATORE, Pierre; "Public and Private Aspects of European Community Competition Law", en *Fordham International Law Review*, vol. 10, núm. 3, 1986, p. 373-419.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich; "Bridging Foundations. Human Rights and International Trade Law: Defining and Connecting the Two Fields", en COTTIER, Thomas; PAUWELYN, Joost; BÜRGI, Elisabeth (eds.); *Human Rights and International Trade*, OUP, Oxford, 2005, p. 29-94.
- POIARES MADURO, Miguel; *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart Publishing, Oxford, 1998, 194 p.
- REICH, Norbert; "How Proportionate is the Proportionality Principle? Some Critical Remarks on the Use and Methodology of the Proportionality Principle in the Internal Market Case Law of the ECJ", en MICKLITZ, Hans-W.; DE WITTE, Bruno (eds.); *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2012, p. 83-112.
- SNELL, Jukka; "The Notion of Market Access: A Concept or a Slogan?", en *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, p. 437-472.
- STREIT, Manfred E.; MUSSLER, Werner; "The Economic Constitution of the European Community: From 'Rome' to 'Maastricht'", en *European Law Journal*, vol. 1, 1995, p. 5-30.
- TRYFONIDOU, Alina; "Further Steps on the Road to Convergence Among the Market Freedoms", en *European Law Review*, vol. 35, 2010, p. 36-56.

WEATHERILL, Stephen; "After Keck: Some Thoughts on how to Clarify the Clarification", en *Common Market Law Review*, vol. 33, 1996, p. 885-906.

WHISH, Richard; *Competition Law*, OUP, Oxford, 2009, 1006 p.

#### 4.4. Elementos sociales del ordenamiento de la Unión Europea

ALONSO GARCÍA, Ricardo; "The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union", en *European Law Journal*, vol. 8, núm. 4, 2002, p. 492-514.

ARROYO JIMÉNEZ, Luís; "Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional", en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, vol. 4, 2011, p. 1-25.

AZOULAI, Loïc; "Article II-113", en BURGORGUE-LARSEN, Laurence; LEVADE, Anne; PICOD, Fabrice (dirs.); *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Tomo. 2, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 689-714.

BAILLEUX, Antoine; BRIBOSIA, Emmanuelle; "La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne", en VAN DROOGHENBROECK, Sébastien; WAUTELET, Patrick (eds.); *Droits fondamentaux en mouvement: questions choisies d'actualité*, Anthémis, Liège, 2012, p.73-152.

BAILLEUX, Antoine; *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2009, 733 p.

BALL, Carlos A.; "The Making of a Transnational Capitalist Society: the Court of Justice, Social Policy, and Individual Rights Under the European Community's Legal Order", en *Harvard International Law Journal*, vol. 37, núm. 2, 1996, p. 307-388.

BAQUERO CRUZ, Julio; "The Socioeconomic Model of the European Union: Stuck With the Status Quo", en AMATO, Giuliano; BRIBOSIA, Hervé; DE WITTE, Bruno (eds.); *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 1105-1128.

BARNARD, Catherine; "Social Policy Revisited in the Light of the Constitutional Debate", en BARNARD, Catherine (ed.); *The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, OUP, Oxford, New York, 2007, p. 109-152.

BARNARD, Catherine; "Viking and Laval: An Introduction", en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 10, 2007-2008, p. 463-492.

BERCUSSON, Brian; "The Lisbon Treaty and Social Europe", en *ERA Forum*, vol. 10, 2009, p. 87-105.

BERCUSSON, Brian; "The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day", en *European Law Journal*, vol. 13, núm. 3, 2007, p. 279-308.

BERING LIISBERG, Jonas; "Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?- Article 53 of the Charter: a Fountain of Law or just an Inkblot?", en *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001, p. 1171-1199.

BRAIBANT, Guy; "La Charte de droits fondamentaux", en *Droit social*, 2001, p. 69-75.

BRIBOSIA, Emmanuelle; *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire: le poids respectif des logiques fonctionnelle et autonome dans le cadre normatif et jurisprudentiel*, Université Libre de Bruxelles, thèse, 2000.

BURGORGUE-LARSEN, Laurance; "Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne", en *Cahiers de droit européen*, núm. 5-6, 2004, p. 663-690.

- BURGORGUE-LARSEN, Laurence; "Article II-112", en BURGORGUE-LARSEN, Laurence; LEVADE, Anne; PICOD, Fabrice (dirs.); *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Tomo. 2, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 658-688.
- CAMERON, Iain; "The Influence of European Human Rights Law on National Law", en HOLLO, Erkki J. (ed.); *National Law and Europeanisation*, Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki, 2009.
- COPPEL, Jason; O'NEILL, Aidan; "The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?", en *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, p. 669-692.
- CURZON, Stephen; "Fundamental Rights and the Internal Market. The State of Affairs following Schmidberger & Omega", en RIDEAU, Joël; *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 109-129.
- DAMJANOVIĆ, Dragana; DE WITTE, Bruno; "Welfare Integration through EU Law: The Overall Picture in the Light of the Lisbon Treaty", *EUI Working Paper 2008/34*, 33 p.
- DASHWOOD, Alan; "Viking and Laval: Issues of Horizontal Direct Effect", en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 10, 2007-2008, p. 525-540.
- DAVIES, Anne; "One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ", en *Industrial Law Journal*, vol. 37, núm. 2, 2008, p. 126-148.
- DE BÚRCA, Grainne; "The Evolution of EU Human Rights Law", en CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Grainne (eds.); *The Evolution of EU Law*, OUP, Oxford, New York, 2011 (2ª ed.), p. 464-497.
- DE BÚRCA, Grainne; "Towards European Welfare?", en DE BÚRCA, Grainne (ed.); *EU Law and the Welfare State*, European University Institute: Oxford University Press, 2005, p. 1-9.
- DE KERCHOVE, Gilles; "L'initiative de la Charte et le processus de son élaboration", en CARLIER, Jean-Yves; DE SCHUTTER, Olivier (eds.); *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 29-41.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás; SUÁREZ CORUJO, Borja; "El régimen jurídico de los principios en la Constitución europea. La garantía de los derechos sociales en la futura Europa", en *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 12, 2005, p. 33-70.
- DE SCHUTTER, Olivier; "La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire", en *Revue universelle des droits de l'homme*, 2000, p. 33-47.
- DE SCHUTTER, Olivier; "Les droits fondamentaux dans l'Union européenne: une typologie de l'acquis", en BRIBOSIA, Emmanuelle; HENNEBEL, Ludovic (dirs.); *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 315-349.
- DE WITTE, Bruno; "Non-Market Values in Internal Market Legislation", en SHUIBHNE, Niamh Nic (ed.); *Regulating the Internal Market*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2006, p. 61-85.
- DE WITTE, Bruno; "The Trajectory of Fundamental Social Rights in the European Union", en DE WITTE, Bruno; DE BÚRCA, Grainne (eds.); *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, p. 153-168.
- DOUGAN, Michael; SPAVENTA, Eleanor; "'Wish You Weren't Here...' New Models of Social Solidarity in the European Union", en SPAVENTA, Eleanor; DOUGAN, Michael; *Social Welfare and EU Law*, Hart Publishing, Oxford, 2005, p. 181-218.
- GALLEGO, Raquel; GOMÀ, Ricard; SUBIRATS, Joan; "Las políticas sociales de la Unión Europea", en GALLEGU, Raquel; GOMÀ, Ricard; SUBIRATS, Joan (eds.); *Estado de Bienestar y Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 15-45.

- GIUBBONI, Stefano; "Social Europe after the Lisbon Treaty. Some Sceptical Remarks", en *European Journal of Social Law*, vol. 4, 2011, p. 244-253.
- GIUBBONI, Stefano; *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution: A Labour Law Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, 290 p.
- HATZOPOULOS, Vassilis; "Health Law and Policy: the Impact of the EU", en DE BÚRCA, Grainne (ed.); *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, OUP, Oxford, 2005, p. 111-168.
- HENDRICKX, Frank; "The Future of Collective Labour Law in Europe", en *European Labour Law Journal*, vol. 1, 2010, nº 1, p. 59-79.
- HÖS, Nikolett; "The Principle of Proportionality in *Viking* and *Laval*: An Appropriate Standard of Judicial Review?", en *European Labour Law Journal*, vol. 1, 2010, p. 236-253.
- JOERGES, Christian; "La dissociation entre politiques sociales nationales et intégration européenne ne compromet-elle pas l'avènement d'une Europe sociale?", en BOY, Laurence; RACINE, Jean-Baptiste; SIIRIAINIEN, Fabrice (coords.); *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, Bruxelles, 2009, p. 311-333.
- KENNER, Jeff; "Economic and Social Rights in the European Legal Order: The Mirage of Indivisibility", en HERVEY K., Tamara; KENNER, Jeff (eds.); *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2003, p. 1-25.
- KOUTRAKOS, Panos; "Healthcare as an Economic Service under EC Law", en SPAVENTA, Eleanor; DOUGAN, Michael (eds.); *Social Welfare and EU Law*, Hart Publishing, Oxford, 2005, p. 105-129.
- LADENBURGER, Clemens; "Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon- The Interaction Between the Charter of Fundamental Rights, the European Convention of Human Rights and National Constitutions", Institutional Report, FIDE 2012, 54 p.
- LENAERTS, Koen; "European Unión Citizenship, National Welfare Systems and Social Solidarity", en *Jurisprudencija*, 2011, p. 397-421.
- LENAERTS, Koen; "La solidarité ou le Chapitre IV de la Charte des droits fondamentaux de l'Unión européenne", en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 82, 2010, p. 217-236.
- LENAERTS, Koen; "Le développement de l'Unión sociale européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice", en *ERA Forum*, 2008, vol. 9, p. 61-97.
- LENAERTS, Koen; FOUBERT, Petra; "Social Rights in the Case-Law of the European Court of Justice", en *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 28, núm. 3, 2006, p. 267-296.
- Lord GOLDSMITH; "A Charter of Rights, Freedoms and Principles", en *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001, p. 120-1216.
- LYON-CAEN, Antoine; "Droit communautaire du marché v.s. Europe sociale", contribución al Symposium El impacto de la jurisprudencia del TJCE sobre el Derecho laboral de los Estados miembros, organizado por el Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales, Berlin, 26 de junio de 2008, 7 p.
- LYON-CAEN, Antoine; "Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une reconte", en AAVV, *Les orientations sociales du Droit contemporain. Écrits en l'honneur de Jean Savatier*, Paris, PUF, 1992, p. 331-343.
- MANGAS MARTÍN, Araceli; "Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios", en MANGAS MARTÍN, Araceli (dir.); *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, p. 826-851.

- MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego J; *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2010, 580 p.
- MARTIN, Denis; "De *Martinez Sala* à *Bidar*, les paradoxes de la jurisprudence sur la libre circulation des citoyens", en CARLIER, Jean-Yves; GUILD, Elisabeth (eds.); *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'UE*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 159-170.
- MENÉNDEZ, Agustín José; "The Rights' Foundations of Solidarity: Social and Economic Rights in the Charter of Fundamental Rights of the European Union", *ARENA Working Paper 03/1*, 23 p.
- NAZET-ALLOUCHE, Dominique; "La Cour de Justice des Communautés Européennes et les droits sociaux fondamentaux", en GAY, Laurence; MAZUYER, Emmanuelle; NAZET-ALLOUCHE, Dominique (dirs.); *Les droits sociaux fondamentaux: entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, 2006, p. 215-232.
- NOVITZ, Tonia; "A Human Rights Analysis of the *Viking* and *Laval* Judgements", en Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol. 10, 2007-2008, p. 541-561.
- POIARES MADURO, Miguel; "Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU", en ALSTON, Philip (ed.); *The EU and Human Rights*, OUP, Oxford, 1999, p. 449-472.
- POIARES MADURO, Miguel; "The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union", en HERVEY K., Tamara; KENNER, Jeff (eds.); *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2003, p. 269-299.
- PONTHOREAU, Marie-Claire; "Le principe d'indivisibilité des droits. L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux", *Revue française de Droit administratif*, 2003, p. 928-943.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana; "Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadoras (del asunto *Arblade* al *Portugaia*)", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12, 2002, p. 435-453.
- RIBAS, Jacques-Jean; *La politique sociale des Communautés européennes*, Dalloz et Sirey, Paris, 1969, 746 p.
- RODIÈRE, Pierre; *Traité de droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J., Paris, 2008, 698 p.
- RUBIO LLORENTE, Francisco; "Mostrar los derechos sin destruir la Unión", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002, p. 13-52.
- SCHARPF, Fritz W.; "The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity", en *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, nº 4, 2002, p. 645-670.
- SCHIEK, Dagmar; "Re-embedding Economic and Social Constitutionalism: Normative Perspectives for the EU", en SCHIEK, Dagmar; LIEBERT, Ulrike; SCHNEIDER, Hildegard (eds.); *European Economic and Social Constitutionalism After the Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 17-46.
- SHAW, Jo; "A view of the Citizenship Classics: *Martinez Sala* and Subsequent Cases on Citizenship of the Union", en AZOULAI, Loïc; POIARES MADURO, Miguel (eds.); *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford and Oregon, 2010, p. 356-362.
- SHAW, Jo; "The European Union and Gender Mainstreaming: Constitutionally Embedded or Comprehensively Marginalised?", en *Feminist Legal Studies*, vol. 10, 2002, p. 213-226.

- SPAVENTA, Eleanor; "Seeing the Woods despite the Trees? On the Scope of Unión Citizenship and its Constitutional Effects", en *Common Market Law Review*, vol. 45, 2008, p. 13-45.
- STREECK, Wolfgang; "From Market Making to State Building? Reflections on the Political Economy of European Social Policy", en LEIBFRIED, Stephan; PIERSON, Paul (dirs.); *European Social Policy: Between Integration and Fragmentation*, Washington DC, Brookings institution, 1995, p. 389-431.
- SUBIRATS I HUMET, Joan; "¿Podemos mantener el modelo social europeo en el cambio de época?", en *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*, núm. 35, 2011, p. 41-51.
- SUDRE, Frédéric; LABAYLE, Henri (dirs.); *Réalité et perspectives du Droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 531 p.
- SUEUR, Jean-Jacques; "L'évolution du catalogue de droits fondamentaux", en RIDEAU, Joël (dir.); *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 15-43.
- SUPIOT, Alain; "Au delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe", Paris, Flammarion, 1999, 321 p.
- SYRPIS, Phil; "Reconciling Economic Freedoms and Social Rights- The Potential of *Commission v. Germany* (Case C-271/08, Judgment of 15 July 2010)", en *Industrial Law Journal*, vol. 40, núm. 2, 2010, p. 222-229.
- VICIANO PASTOR, Javier; GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración; "Libertades económicas en el mercado común y normas laborales", en GOERLICH PESET, José María (dir.); *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2011, p. 19-182.
- WEILER, Joseph; LOCKHART, Nicolas J. S.; "'Taking Rights Seriously' Seriously: the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence- Part I", en *Common Market Law Review*, vol. 32, 1995, p. 51-94.
- WOLLENSCHLÄGER, Ferdinand; "A New Fundamental Freedom beyond Market Integration: Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration", en *European Law Journal*, vol. 17, núm. 1, 2011, p. 1-34.
- ZULEEG, Manfred; "Gender Equality and Affirmative Action under the Law of the European Union", en *Columbia Journal of European Law*, vol. 5, 1999, p. 319-328.

#### 4.5. Instrumentos formales en el marco de la Unión Europea

- BAQUERO CRUZ, Julio; "Services of General Interest and European Community Law", en DE BÚRCA, Gráinne; *EU Law and the Welfare State*, Oxford University Press, 2005, p. 169-212.
- BARNARD, Catherine; "Unravelling the Services Directive", en *Common Market Law Review*, 2008, vol. 45, p. 323-394.
- BARNARD, Catherine; "What the *Keck*? Balancing the Needs of the Single Market with State Regulatory Autonomy in the EU (and the US)", en *European Journal of Consumer Law*, vol. 2, 2012, p. 201-216.
- BARNARD, Catherine; DEAKIN, Simon; "Market Access and Regulatory Competition", en BARNARD, Catherine, SCOTT, Joanne (eds.); *The Law of the Single European Market. Unpacking the premises*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2002, p. 197-224.

- BOVIS, Christopher H.; "The Conceptual Links Between State Aid and Public Procurement in the Financing of Services of General Economic Interest", en KRAJEWSKI, Markus; NEERGAARD, Ulla; VAN DE GRONDEN, Johan (eds.); *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, Asser Press, The Netherlands, 2009, p. 149-170.
- BRUNN, Niklas; "The Proposed Directive on Services and Labour Law", en BLANPAIN, Roger (ed.); *Freedom of Services in the European Unión. Labour and Social Security Law The Bolkestein Initiative*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, p. 19-35.
- BUENDÍA SIERRA, José Luis; *Exclusive Rights and State Monopolies Under EC Law. Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*, OUP, Oxford, 1999, 458 p.
- DAVIES, Gareth; "The Process and Side-Effects of Harmonisation of European Welfare States", *Jean Monnet Working Paper 02/06*, 64 p.
- DAVIES, Gareth; "Welfare as a Service", en *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 29, núm. 1, 2002, p. 27-40.
- DE BEYS, Julien; *Droit européen des aides d'État et intérêt général*, Université Catholique de Louvain, tesis, 2008, 452 p.
- DE SCHUTTER, Olivier; DEAKIN, Simon; "Introduction: Reflexive Governance and the Dilemmas of Social Regulation", en DE SCHUTTER, Olivier; DEAKIN, Simon (eds.); *Social Rights and Market Forces: Is the Open Coordination of Employment and Social Policies the Future of Social Europe?*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 1-17.
- DEAKIN, Simon; "Legal Diversity and Regulatory Competition. Which Model for Europe?", *Working Paper of the Centre for Business Research, University of Cambridge*, núm. 323, 2006, 26 p.
- DEHOUSSE, Renaud; "Integration v. Regulation? On the Dynamics of Regulation in the European Community", en *Journal of Common Market Studies*, núm. 4, 1992, p. 383-402.
- DOUGAN, Michael; "Minimum Harmonization and the Internal Market", en *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, p. 853-885.
- DRIJBER, Berend Jan; "Les services d'intérêt économique général et la liberté de prestation de services", en LOUIS, Jean-Victor; RODRIGUES, Stephan (dirs.); *Les services d'intérêt économique général et l'Unión européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 65-97.
- ESTEVE GARCÍA, Francina; "Els diferents instruments de liberalització inclosos a la Directiva 2006/123 de Serveis", en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42, 2011, p. 21-56.
- FRENZ, Walter; SCHLEISSING, Philipp; "The Never Ending Story of 'In-House' procurement", en KRAJEWSKI, Markus; NEERGAARD, Ulla; VAN DE GRONDEN, Johan (eds.); *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, Asser Press, The Netherlands, 2009, p. 171-187.
- HATZOPOULOS, Vassilis; "Why the Open Method of Coordination is Bad For You: A Letter to the EU", en *European Law Journal*, vol. 13, núm. 3, 2007, p. 309-342.
- JOERGES, Christian; "Bureaucratic Nightmare, Technocratic Regime and the Dream of Good Transnational Governance", en JOERGES, Christian; VOS, Ellen (eds.); *EU Comittees: Social Regulation, Law and Politics*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 1999, p. 3-17.
- LÓPEZ ESCUDERO, Miguel; "Las reglamentaciones nacionales anticompetitivas (Comentario a las sentencias del TJCE de 17 de noviembre de 1993, asuntos Meng, Ohra y Reiff)", en *Revista de instituciones europeas*, vol. 21, núm. 3, 1994, p. 917-942.
- LOUIS, Jean-Victor; RODRIGUES, Stephan (dirs.); *Les services d'intérêt économique général et l'Unión européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2006, 450 p.

- MAJONE, Giandomenico; "The European Community Between Social Policy and Social Regulation", en *Journal of Common Market Studies*, vol. 31, núm. 2, 1993, p. 153-170.
- MAJONE, Giandomenico; "The Rise of the Regulatory State in Europe", en *West European Politics*, vol. 17, núm. 3, 1994, p. 77-101.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago; *Servicio público y mercado*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1998, 324 p.
- NEERGAARD, Ulla; "Services of General (Economic) Interest: What Aims and Values Count?" en NEERGAARD, Ulla; NIELSEN, Ruth; ROSEBERRY, Lynn M. (eds.); *Integration Welfare Functions into EU Law- From Rome to Lisbon*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2009, p. 191-224.
- NEERGAARD, Ulla; "Services of General Economic Interest: The Nature of the Beast", en KRAJEWSKI, Markus; NEERGAARD, Ulla; VAN DE GRONDEN, Johan (eds.); *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, Asser Press, The Netherlands, 2009, p. 17-49.
- NIELSEN, Ruth; "The Services Directive, Rights of Recipients of Services and the Welfare State", en NEERGAARD, Ulla; NIELSEN, Ruth; ROSEBERRY, Lynn (eds.); *The Services Directive: Consequences for the Welfare State and European Social Model*, Copenhagen, DJØF Publishing, 2008, p. 199-241.
- ODUDU, Okeoghene; "The Public/ Private Distinction in EU Internal Market Law", en *Revue trimestrielle de Droit européen*, vol. 46, núm. 4, 2010, p. 826-841.
- PENNINGS, Fran; "The Open Method of Coordination in the Area of Social Policy and the Legality Principle", en BESSELINK, Leonard F.M. (ed.); *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2011, p. 153-168.
- POIARES MADURO, Miguel; "L'État-caméléon. Formes publique et privée de l'*homo economicus*", en *Le droit à la mesure de l'homme. Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Pedone, Paris, p. 79-91.
- RODRIGUES, Stephan; "The Application to Services Of General Economic Interest, Notably to Social Services of General Interest, of the EU Rules Related to State Aids, Public Procurement and the Internal Market. One Year after the Commission's Guide – SEC(2010) 1545 final", en *European Journal of Social Law*, núm. 4, 2011, p. 254-267.
- SAUTER, Wolf; "Harmonisation in Healthcare: the EU Patients' Rights Directive", TILEC Discussion Paper, 2011, 26 p.
- SAUTER, Wolf; SHAPEL, Harm; *State and Market in European Unión Law. The Public and Private Spheres of the Internal Market Before the EU Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 246 p.
- SCHARPF, Fritz W.; "Negative and Positive Integretion in the Political Economy of European Welfare States", en MARKS, Gary; SCHARPF, Fritz W.; SCHMITTER, Philipp; STREECK, Wolfgang; *Governance in the European Union*, SAGE Publications, London, 1998, p. 15-38.
- SCHARPF, Fritz; "The Double Asymmetry of European Integration. Why the EU Cannot Be a Social Market Economy", MPIfG Working Paper 09/12, 40 p.
- SMITS, Catherine; "La notion d'avantage et le critère de 'l'opérateur en économie de marché'", en DONY, Marianne; SMITS, Catherine; *Aides d'État*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 53-78.
- STERPA, Alessandro; "Il principio di sussidiarietà nel diritto comunitario e nella Costituzione", en *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, núm. 15, 2010, p. 1-14.

- TRUBEK, David M.; TRUBEK, Louise G.; "Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination", en *European Law Journal*, vol. 11, núm. 3, 2005, p. 343-364.
- VAN DE GRONDEN, Johan W.; "Social Services of General Interest and EU Law", en SZYSZCZAK, Erika; DAVIES, Jim; ADENAES, Mads; BEKKEDAL, Tarjei (eds.); *Developments in Services of General Interest*, Asser Press, The Netherlands, 2011, p. 123-153.
- VAN DE GRONDEN, Johan W.; "The Treaty Provisions on Competition and Health Care", en VAN DE GRONDEN, Johan W.; *et alter* (eds.); *Health Care and EU Law*, Asser Press, The Netherlands, 2011, p. 265-294.
- VOS, Ellen; "EU Committees: the Evolution of Unforeseen Institutional Actors in European Product Regulation", en JOERGES, Christian; VOS, Ellen (eds.); *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 1999, p. 19-47.
- WEATHERILL, Stephen; "Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market", en BARNARD, Catherine, SCOTT, Joanne (eds.); *The Law of the Single European Market. Unpacking the premises*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2002, p. 41-73.
- WEATHERILL, Stephen; "Supply and Demand for Internal Market Regulation: Strategies, Preferences and Interpretation", en SHUIBHNE, Niam Nic; *Regulating the Internal Market*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2006, p. 29-60.