



VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

**Discurso de Investidura
como Doctor “Honoris Causa” por la
Universitat de València**

Pascual Sala Sánchez

Valencia, 26 de mayo de 2014

**Discurso de Investidura
como Doctor “Honoris Causa”
por la Universitat de València**

**“LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE
LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES
Y SU EFECTIVIDAD EN SITUACIONES
DE CRISIS ECONÓMICA”**

Pascual Sala Sánchez
Valencia, 26 de mayo de 2014

2014

VNIVERSITAT
D VALÈNCIA

Índice

7	I.- Introducción
9	II.- La cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho
34	III.- La normatividad de la Constitución
40	IV.- Las llamadas “Constitución económica” e “Interpretación económica de la Constitución”
46	V.- El reconocimiento de los derechos económicos y sociales en la Constitución
62	VI.- La crisis económica y el tema de la reversibilidad de las conquistas sociales
83	VII.- Las alternativas al sacrificio de derechos económicos y sociales reconocidos en la Constitución
113	VIII.- Epílogo.

Sumario

I.- Introducción

II.- La cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho: A) El Estado de Derecho. B) El Estado Social de Derecho: a) La crisis del Estado Social. b) Las tendencias liberalizadoras de la Economía y la permanencia del Estado Social con especial referencia a los marcos constitucionales y legales en España: a') En el ámbito local. b') En el ámbito autonómico. c') En el marco constitucional y comunitario europeo. d') La influencia del conocido como último Pacto Fiscal Europeo y del principio de estabilidad presupuestaria en el Estado Social de Derecho. C) El Estado Democrático y la fórmula constitucional integradora.

III.- La normatividad de la Constitución y la interpretación constitucional de los derechos y mandatos que la misma reconoce: A) La Constitución como norma jurídica suprema del Ordenamiento. B) La interpretación de la Constitución. C) El Tribunal Constitucional como Supremo intérprete de la Constitución.

IV.- Las llamadas “Constitución económica” e “Interpretación económica de la Constitución”: A) el significado de la conocida como “Constitución económica. B) La interpretación económica de la Constitución. C) El valor normativo del reconocimiento constitucional de los derechos y principios económicos y sociales.

V.- El reconocimiento de los derechos económicos y sociales en la Constitución: A) Derechos económicos. B) Los derechos reaccionales derivados del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. C) Los derechos sociales fundamentales y constitucionales y los principios rectores de la política social y económica: a) Derechos sociales fundamentales y constitucionales. b) Principios de política social y económica: las posibilidades de su conexión con derechos fundamentales.

VI.- La crisis económica y el tema de la reversibilidad de las conquistas sociales: A) Consideraciones generales sobre la crisis. B) El problema de la reversibilidad de las conquistas sociales: a) Planteamiento general y doctrina constitucional. b) Los límites a la reversibilidad de las conquistas

sociales: a) Límites derivados de un razonamiento o motivación “suficiente” de la restricción. b) Límites derivados de la invulnerabilidad del contenido esencial de los derechos sociales. c) Límites derivados del tipo de norma por el que se establece la limitación regresiva. d) Límites derivados de la conexión de los derechos económicos y sociales con derechos fundamentales o constitucionales. e) Limitaciones a las restricciones en función de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales.

VII.- Las alternativas al sacrificio de derechos económicos y sociales reconocidos en la Constitución: A) La equitativa asignación de los recursos públicos y la eficiencia y economía como criterios constitucionales en la programación y ejecución del gasto público. B) La realización efectiva del derecho a un buen gobierno o a una buena administración. C) La lucha contra la corrupción, el fraude y la elusión fiscal: a) La corrupción y sus principales áreas de desarrollo, especialmente en el ámbito de la contratación pública. b) La economía sumergida, el fraude y la elusión fiscal. c) Los controles internos y externos de la actuación pública: a) Idea general de las funciones de control interno. b) Los controles externos de la actividad pública: el Tribunal de Cuentas, la Justicia ordinaria y la Justicia constitucional: 1. El Tribunal de Cuentas, 2. La Justicia ordinaria y la Justicia constitucional.

VIII.- Epílogo.

Excmo. Sr. Rector Magnífico de la Universitat de València, Excmos. e Ilmos. Miembros del Consell de Govern de la Universitat de València, Excmas. e Ilmas. Autoridades, Magistrados, Catedráticos, Profesores, Juristas, Abogados, Sras. y Sres.

Mis primeras palabras han de ser de agradecimiento por la concesión del grado de doctor “honoris causa” por esta Universidad al Rector Magnífico y Consejo de Gobierno y a todos los Magistrados, Profesores, Juristas, Abogados y amigos que han apoyado esta concesión, que para mí, con toda sinceridad, ha constituido una reactivación emocionada de mi recuerdo de los Profesores y Maestros que, tiempo ha, me formaron y educaron en el Derecho y sus principios, tan necesarios para una ordenada convivencia.

I.- Introducción

Juan Luis Vives, el ilustre humanista valenciano cuya conocida estatua preside el hermoso patio renacentista de nuestra vieja Universidad, en cuyo seno tuve la fortuna y el honor de cursar los cinco cursos de la carrera de Derecho entre los años 1952 y 1957 –hace ya más de medio siglo-, en su obra “De subventione pauperum”, publicada en 1526, después de estudiar en los primeros capítulos las causas de la pobreza creciente que se manifestaba en las ciudades del norte de Europa –en Brujas concretamente, en la que fijó su residencia y contrajo matrimonio con la también valenciana Margarita Valldaura, hija de un acreditado asentador de frutas del mercado de dicha ciudad- y de proponer los medios para subvenir al mantenimiento de los afectados, comenzaba el capítulo VI del Libro II de su obra con la siguiente observación:

“Alguno replicará: qué bonito lo que estás diciendo. Pero ¿dónde está el dinero para hacer esto? Yo estoy tan lejos de creer que ha de sobrar –replicaba el filósofo- como cierto de que ha de haber suficiente para hacer frente no sólo a las necesidades cotidianas, sino también a las extraordinarias, que en gran cantidad aparecen a veces en cualquier ciudad”.

“No faltará el dinero –continúa Vives en este capítulo- si se administran bien las rentas que tienen los hospitales y demás residencias. Los particulares pudientes aportarán lo necesario y si

no llegara para todas las necesidades debe ser la ciudad la que, recortando de otros gastos, dedique lo necesario a estos menesteres”.

(Utilizo para la cita la traducción de la obra indicada hecha por Luis Frayle Delgado y publicada bajo el título “El socorro de los pobres. La comunicación de bienes” por la Editorial Tecnos, Madrid, 1997, apareciendo el pasaje transcrito en la pág. 96).

Al hilo de esta reflexión, en este trabajo voy a tratar de la garantía de los derechos económicos y sociales que reconoce nuestra Constitución -singularmente, como su título indica, en situaciones de crisis económica-, teniendo en cuenta tanto las finalidades que según ella pretende conseguir la comunidad política, como los valores y principios que sirven de soporte a la convivencia ciudadana. Y todo ello desde la perspectiva que ofrece, por un lado, la cláusula del Estado social y democrático de Derecho que la Norma Fundamental proclama y partiendo, por otro, de la normatividad de la Constitución, que garantiza la fuerza vinculante de sus preceptos para los poderes públicos y para los ciudadanos y que asegura igualmente que sus mandatos puedan operar no sólo como criterios de validez de las leyes, sino también como fundamento o base de derechos exigibles jurisdiccionalmente, bien de modo directo, bien mediante el oportuno desarrollo legal.

Pero la problemática a examinar respecto de los derechos económicos y sociales en nuestra Constitución no puede agotarse con las consideraciones acabadas de apuntar, sin perjuicio de reconocer, como fácilmente puede comprenderse, su carácter básico y de necesario punto de arranque para un estudio como el presente. Hay que preguntarse también, en primer lugar, sobre cuál es su ubicación en el texto fundamental o, con otras palabras, si los derechos económicos y sociales básicos pueden conectarse con los derechos fundamentales que aquel texto reconoce y enuncia, concretamente en su Título I. En segundo término, preguntarse igualmente sobre cual sea el valor que cabe atribuir a esos principios, es decir, si tienen un mero valor programático o, por el contrario, son susceptibles de generar mandatos de cumplimiento obligatorio para el legislador o constituir criterios o parámetros de constitucionalidad, en este caso, de las normas mediante las que aquéllos -los principios- hayan sido desarrollados, o, como derechos de prestación, poder ser considerados, asimismo, verdaderos derechos subjetivos en favor de los ciudadanos, actuables jurisdiccionalmente ante la justicia ordinaria o, en su caso, ante la constitucional vía recurso de

amparo. En tercer lugar, analizar cual pueda ser la amplitud de los poderes que el legislador ostenta sobre el desarrollo y configuración de los derechos en cuestión, principalmente en función de si puede atribuírseles un contenido esencial, como el que se reconoce a los derechos fundamentales, y en caso afirmativo si, una vez desarrollados legislativamente, pueden ser reformulados en ese contenido o incluso restringidos. Y, por último y en cuarto lugar, determinar -supuesto que se reconozca a los derechos económicos y sociales, independientemente de su situación “topográfica” en la Constitución, una sustantividad real- el alcance y las consecuencias de las crisis económicas, incluida y sobre todo la actual, en los ajustes en el gasto que llevan siempre aparejadas, así como las opciones y alternativas a tales ajustes y restricciones en la medida en que puedan afectar a los mencionados derechos.

II.- La cláusula del Estado social y democrático de Derecho

El art. 1º.1 de la Constitución establece que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna, como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Previamente, pues, a entrar en el análisis de la función que la cláusula de referencia puede desempeñar en la salvaguarda de los derechos económicos y sociales, importa precisar la significación de cada uno de los elementos que la integran, ya largo tiempo acuñados, que nuestra Constitución, siguiendo la influencia de la Ley Fundamental de Bonn, ha recogido puntualmente, como se ha visto, en el inicio de su regulación.

A) El Estado de Derecho

En primer lugar, y respecto del Estado de Derecho, como afirmara Elías Díaz en una clásica obra que vió la luz en la temprana fecha de 1966 --“Estado de Derecho y Sociedad Democrática”, publicada por la entonces Editorial Cuadernos para el Diálogo--, lo definitorio, lo esencial del Estado de Derecho es, precisamente, la lucha contra la arbitrariedad y el despotismo del poder político en nombre de la defensa de la libertad y dignidad humanas, de los derechos humanos y libertades fundamentales. Así, son presupuestos de esta fórmula de organización jurídico-política el imperio de la Ley, entendida como

genuina expresión de la voluntad popular, la división y distribución de poderes --de forma que, a través de frenos y contrapesos (cheks and balances), esto es, mediante una recíproca limitación de los poderes por los órganos que los encarnan, se garantice el equilibrio político e institucional que dé como producto la libertad--, la legalidad de la actuación de las Administraciones Públicas y, --en general, de los poderes públicos-- como único principio capaz de legitimar las intervenciones de esos poderes y de esas administraciones no solo en la esfera de la libertad y los derechos individuales, sino también en todos los ámbitos que afecten a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (vinculación positiva de unos y otras a la ley), porque, como ya anticipara la Constitución francesa de 1791, “solo en nombre de la ley puede exigirse obediencia”, y el necesario control judicial, como última pieza de cierre del sistema y que, con la sencillez y al mismo tiempo la solemnidad de los acontecimientos históricos, expresó el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que aprobara la Asamblea Nacional Francesa la noche del 26 de Agosto de 1789 (“Toda sociedad en que la **garantía** de los derechos no esté asegurada ni determinada la división de poderes, no tiene Constitución”).

La garantía de los derechos, como presupuesto del Estado de Derecho, ha de manifestarse no solo en las relaciones “interprivatos”, sino también en las mantenidas con los poderes públicos y es obvio que solo puede considerarse asegurada con un Poder Judicial independiente en cuanto exclusivamente vinculado a la ley. Así se ha reconocido desde la temprana formulación de la doctrina de la división de poderes en la obra de Montesquieu (“El espíritu de las leyes”, cap. VI del Libro XI), hasta las modernas declaraciones constitucionales. Por supuesto, nuestra Constitución de 1978 lo hace categóricamente, en sus arts. 24 y 117, al reconocer el derecho fundamental de todas las personas a la “tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”, y al reconocer, también, que la justicia, que emana del pueblo, se administra “por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley” y que estos no ejercerán más funciones que las de llevar a cabo la potestad jurisdiccional y “las que expresamente les sean atribuidas en garantía de cualquier derecho” por la ley.

Si se tuviera por poner el énfasis, por supuesto simplificando mucho, en la característica esencial del Estado de Derecho, habría que afirmar que esa

nota sería -es- la defensa y garantía de la libertad y dignidad del ser humano. Nuestra Constitución lo expresa claramente cuando, en su art. 10.1, proclama que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” y cuando señala --art. 9.3--, como obligación de los poderes públicos, “promover las condiciones para que la **libertad y la igualdad** del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”, y no solo eso, sino también “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vía política, económica, cultural y social”.

B) El Estado Social de Derecho

Ya de la formulación anterior se desprende la imposibilidad, hoy, de aislar cada uno de los componentes de la fórmula “Estado social y democrático de Derecho”, por cuanto su reconocimiento los engloba a todos.

Ha podido decirse con acierto¹ que el Estado social, cuya formulación actual si bien no es totalmente equivalente a la de Estado de Bienestar, lo presupone --no así en sentido contrario--, constituye la expresión de un contrato social que se formaliza explícitamente entre los poderes públicos y los ciudadanos, que vincula, además, a todos los agentes públicos y privados, principalmente a empresarios y trabajadores, con el objeto de satisfacer efectivamente derechos económicos y sociales de hombres y mujeres, y cuya finalidad es contribuir, decididamente, a la estabilidad y progreso de nuestras sociedades.

Debe añadirse que la fórmula del Estado Social de Derecho prevé una actividad positiva de prestación de parte de los poderes públicos, del Estado en suma, dirigida a la protección de determinados sectores sociales (normalmente los más económicamente débiles), mediante políticas activas de recaudación y de gasto. Su acento finalista es la realización de los valores de la **igualdad** y de la **solidaridad**, conceptos abiertos estos que permiten una no pequeña variedad

1. Vid. J.M. Bandrés, en el Prólogo al libro “El futuro del Estado del bienestar. Cuatro lecciones sobre el blindaje jurídico del Estado de Bienestar”, Cedes Editorial, Barcelona 2000. En general es muy abundante la doctrina sobre el Estado social y democrático de Derecho. Así, y sin ánimo de agotar las referencias, García Pelayo, M. “El Estado social y democrático de Derecho en la Constitución Española”, en “Las Transformaciones del Estado Contemporáneo”, Obras Completas, t.II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Vid también Garrorena Morales. A. “El Estado español como Estado social y democrático de Derecho”, Tecnos, Madrid 1992. Asimismo, Aparicio Pérez, M.A. “El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en Estudios sobre el Estado social, Parlamento de Andalucía-Tecnos, Madrid 1993.

de contenidos y que hacen posible, también, caracterizar como Estados sociales, no solo los que aluden en sus normas constitucionales a la cláusula del Estado social (caso de la Ley Fundamental de Bonn y de la Constitución española), sino también a los que no lo hacen explícitamente en su texto, pero recogen en su articulado toda una amplia gama de lo que ha venido de denominarse “derechos sociales” (caso de la Constitución italiana de 1947). Inclusive cabe admitir el Estado Social de Derecho en aquellos Ordenamientos que no lo proclaman -bien por explícito llamamiento, bien por regulación material- en el Texto Constitucional y solo lo hacen en el ámbito de la regulación normativa ordinaria. Pero, entonces, su blindaje jurídico -- el del Estado Social de Derecho, se entiende-- es mucho más débil que el que presta un reconocimiento expreso en la Norma Fundamental, como fácilmente puede comprenderse y después se verá al examinar el problema relativo al valor de los principios rectores de la política social y económica y a la reversibilidad de las conquistas sociales logradas hasta hoy.

Como resumen, puede decirse que el Estado Social, desde su nacimiento, ha estado dirigido a la consecución del valor de la igualdad mediante políticas estatales activas de dotación de mínimos de bienestar --hay que eludir expresamente hablar solo de mínimos vitales, que podrían cuadrar a cualquier tipo de Estado y desvirtuarían por completo el concepto mismo de Estado social-- a estamentos sociales determinados, esto es, como ya se dijo antes, a los más económicamente desfavorecidos.

a) La crisis del Estado Social

Desde la aparición, en los arts. 20.1 y 28.1 de la Ley Fundamental de Bonn, de la fórmula del Estado Social, ha sido lugar común en un determinado sector de la doctrina² que el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho se encuentran en una relación de contradicción, de tal suerte que, si se aceptara como tarea del Estado de Derecho, por una parte, no solo el establecimiento de un procedimiento garantizador de la seguridad jurídica, sino la protección de los derechos materiales adquiridos en su sustancia, así como impedir su expolio, y, por otro lado, se colocara como tarea del Estado social de Derecho la repartición de bienes materiales para conseguir a través de ella la igualdad, la con-

2. Por todos, Karl Doehring, “Estado social, Estado de Derecho y orden democrático”, en la obra colectiva “El Estado Social”, CEC, 1986, págs. 107 y sigs.

clusión sería que ambos fines resultarían, en sí mismos, contradictorios, hasta el punto de que la “igualdad” con la que se indentifica el valor prevalente en el Estado Social habría de referirse a la igualdad de los ciudadanos respecto de su capacidad para participar en el poder del Estado y para participar, asimismo, en la formación de la voluntad en la que dicho poder se asienta.

Sin embargo, la posición mayoritaria, en la propia doctrina alemana³, es la que afirma que la conexión del Estado de Derecho con el Estado Social es una realidad y que ambas fórmulas se encuentran en una recíproca relación de complementariedad. Esta es, asimismo, la posición prevalente en la doctrina española⁴ y, desde luego y como después se verá, la que recoge nuestra Constitución.

Pero no es este aspecto el que ahora interesa resaltar, sino el de las causas en virtud de las cuales, a partir de la década de los setenta del pasado siglo y muy señaladamente en sus postrimerías y en la actualidad, se viene hablando de <<crisis>> del Estado Social o de <<crisis>> del Estado de Bienestar.

Lo que pudieran considerarse causas remotas de esa <<crisis>> se suelen concretar⁵ en la interrupción del esquema de crecimiento establecido en el mundo, singularmente en el llamado mundo occidental, tras el último conflicto bélico mundial, interrupción ligada a los límites fiscales y presupuestarios (es decir, desde el punto de vista de los ingresos y los gastos) inherentes a toda política de crecimiento, y en el fin de la creencia en el progreso lineal indefinido, derivada de aquel inicial optimismo.

3. Vid. Al respecto, Pérez Royo, J. “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social”, “Rev. Española de Dº Constitucional”, nº 20 (1984), págs. 165 y siguientes.

4. También, Santamaría Pastor, J.A. “Fundamentos de Dº Administrativo”, I, Madrid, 1988, pág. 227. Vid. También Parejo Alfonso, L. “El Estado Social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos”, en RAP, núm. 153, Septiembre-Diciembre 2000, y “Estado Social y Estado de Bienestar a la luz del orden constitucional”, en el libro colectivo “Las estructuras del bienestar (Propuestas de reforma y nuevos horizontes)” dirigido por Santiago Muñoz Machado, José Luis García Delgado y Luis González Seara, Ed. Escuela Libre Editorial y Civitas, Madrid, 2002.

5. Vid. Parejo, ops. cit., págs. 220 y 824, respectivamente.

El cambio de esquema que estas dos remotas causas de <<crisis del Estado Social>> supone, ha llevado a concretar una serie de alternativas, que implican cambios profundos en el entendimiento del valor <<solidaridad>>, básico, como es sabido, del Estado Social, y han llevado al planteamiento de problemas, como el de la subsistencia de ese mismo modelo de Estado o el de la reversibilidad de sus conquistas, que después serán objeto de examen.

Desde esta perspectiva, importa analizar, siquiera sea someramente, cuáles son las imputaciones concretas que se hacen a la viabilidad del Estado Social o del Estado de Bienestar. Son estas, fundamentalmente y desde luego con amplio margen de simplificación, las siguientes⁶.

- Repercusión negativa en el desarrollo y crecimiento económico de las políticas redistributivas propias del Estado de Bienestar, en tanto provocan un aumento del consumo y disminuyen, por el contrario, el ahorro de la población.
- Repercusión, también negativa, esta vez en el empleo, de las políticas reguladoras del mercado de trabajo que son características del Estado de Bienestar, habida cuenta de su rigidez y falta de flexibilidad, que conducen, a su vez, a la falta de competitividad y productividad.
- Falta de eficiencia en el sistema económico internacional, derivada de las políticas reguladoras del comercio exterior y movilidad de capitales, porque, según este criterio, lo deseable sería la máxima libertad en esta materia, en cuanto favorecería la competitividad internacional, aunque fuera a costa de la disminución de la protección social y de los salarios.
- Crecimiento desmesurado del Estado de Bienestar, con sus secuelas de creación de dependencias para la población, de correlativo empobrecimiento de esta y de disminución de su potencial creador como sociedad civil.

6. Vid. Vicenç Navarro “Un análisis de las críticas neoliberales y conservadoras al Estado de Bienestar y propuestas alternativas”, en el libro colectivo “El Futuro del Estado de Bienestar”, Cedecs Ed., S.L., Barna. 2002, págs. 73 y sigs.

- Creación de expectativas en la población, que han incrementado su demanda de prestaciones sociales y que, al no poder ser satisfechas, han contribuido a la tensión e inestabilidad de grandes capas de la sociedad, con influencia negativa, por ello, en la gobernabilidad.

Sin embargo, estas imputaciones pecan, ya en sus orígenes y las más veces, de apodícticas. Porque, desde un punto de vista real, hay estudios demostrativos de que, en los países de la OCDE, el crecimiento económico y la estabilidad económica han alcanzado sus máximas cotas en aquellos períodos históricos en que las desigualdades sociales han sido menores y que, por el contrario, cuando éstas han aumentado, han disminuido, correlativamente, tanto el crecimiento como la estabilidad económicos. Que ello es así no es fruto de la casualidad, sino de la lógica que encierra el hecho de que las políticas públicas de reducción de desigualdades sociales han consistido, sobre todo, en políticas dirigidas a la creación de empleo, mediante una expansión ordenada del gasto público, y a la redistribución de los beneficios por esta conseguidos, que, a su vez, han incrementado el consumo de las clases populares. Resulta significativo que el Banco Mundial, tan alejado de planteamientos keynesianos, ya incluyera, en su “World Development Report” de 1991, la afirmación de que “no existe evidencia de que el ahorro dependa de la desigualdad social o que ésta, la desigualdad social, conduzca a un mayor crecimiento económico”, porque, “en realidad, la evidencia apunta a un sentido contrario, es decir, que mayor desigualdad lleva a menor crecimiento económico”.

Por otra parte, otra evidencia estadística muestra cómo políticas de máxima liberalización y de flexibilización laboral han sido insuficientes en cuanto se refiere al estímulo del crecimiento económico y de las inversiones productivas, al aumento del ahorro, inversión en infraestructuras o reducción espectacular del desempleo. Los modestos e incluso regresivos datos de la actualidad corroboran, sin necesidad de mayor argumentación, este aserto⁷.

Lo que sí cabe reconocer es la constatación de una nueva dimensión del Estado social para la consecución del fin de la igualdad y solidaridad como valores fundamentales y básicos de la convivencia ciudadana. Me refiero a la intensificación del Estado <<regulador>> en detrimento del Estado <<empresario>> o prestador directo de los servicios públicos, pero sin que ello signifique

7. Vid. Joseph Stiglitz, “Caída libre. El libre mercado y el hundimiento de la economía mundial”, Madrid, Taurus, 2010, págs. 342 y sigs.

una abdicación ni de la titularidad del servicio, que sigue siendo pública, ni de las funciones de supervisión y garantía que en todo caso han de corresponder a las diferentes administraciones, bien directamente, bien mediante entidades descentralizadas creadas al efecto. Con este condicionamiento, implícito en este <<Estado regulador>>, no se da una efectiva regresión de los fines del Estado Social⁸.

b) Las tendencias liberalizadoras de la economía y la permanencia del Estado Social con especial referencia a los marcos constitucionales y legales en España.

a') En el ámbito local

No es preciso ser un especialista en el tema para comprender que, en la actualidad, no podría indentificarse el Estado Social con determinadas situaciones de las sociedades occidentales derivadas de grandes crisis sociales, conforme aconteció con posterioridad a las dos grandes conflagraciones mundiales que, desgraciadamente, se han conocido. No podría identificarse el Estado Social, aunque fuera a nivel municipal, con la observación que el fundador de la Fabian Society y de la prestigiosa y británica London School of Economics and Political Sciences, Sydney Webb, hiciera de la vida cotidiana de un supuesto ciudadano del Reino Unido, John Smith, en cualquiera de sus ciudades⁹. John Smith --nos decía WEBB-- “se despierta en la vivienda que le ha proporcionado el Municipio por las campanas del reloj municipal. Enciende la luz eléctrica de la fábrica municipal, hace su aseo con el agua del abastecimiento municipal y bebe un vaso de leche certificada municipal, calentada con el gas de la fábrica municipalizada. En la calle, naturalmente municipal, toma el tranvía o el autobús municipal. Gracias a la policía municipal llega seguramente a su oficina. Smith comerá posiblemente en un restaurante municipal, leerá los periódicos o revistas en una biblioteca pública, contemplará las obras de arte de un museo municipal, practicará el deporte en un parque municipal, consumirá alimentos conservados en las cámaras frigoríficas municipales y distribuidos en los merca-

8. Vid. Muñoz Machado, S. “Hacia un nuevo Derecho administrativo”, en la obra “El Derecho Público de la Crisis Económica”, coordinado por Blasco Esteve, A., INAP Madrid, 2011, págs. 191 y sigs.

9. Vid. Jordana de Pozas, “El problema de los fines de la actividad administrativa”, RAP nº 4, 1951, pág. 17.

dos municipales o tal vez en las expendedorías reguladoras del mismo carácter. Si no pertenece a la clase bastante pudiente de la ciudad, será asistido y hospitalizado en los establecimientos o por los facultativos municipales, y allí dará a luz su mujer. Cuando se encuentre sin trabajo, acudirá a la oficina municipal de colocación. Y habrá realizado sus estudios en las escuelas municipales. Un día, como todos los humanos, John Smith morirá, y, después de la inscripción en el Registro municipal, será llevado por el servicio fúnebre municipal al cementerio municipal”.

Pero, al propio tiempo, no puede desconocerse que, precisamente en el ámbito local, existe la iniciativa de las Corporaciones locales, derivada de su autonomía, consagrada y garantizada en nuestra Constitución (art. 140) y en la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de Octubre de 1985 (arts. 2º y sigs.), en virtud de la cual pueden intervenir directamente en la prestación de servicios esenciales. Téngase presente que lo que garantiza el precepto constitucional citado “no es un elenco de asuntos o competencias locales, sino, como ha sido correctamente señalado¹⁰, el derecho de todos los entes de ese nivel territorial a intervenir en los asuntos que afecten a la comunidad, intervención que puede ser, y de hecho será, de distinta intensidad según lo que determine la Ley y los intereses en presencia”. La Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de Abril, en su art. 86, ap. 1, establece que “las Entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al art. 128.2 de la Constitución”. Además, añade, en el ap. 3, la declaración de reserva, a favor de las Entidades Locales, de servicios tan esenciales como los de abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de calefacción; mataderos (cuyo carácter obligatorio para municipios con población superior a 20.000 habitantes ha sido suprimido por el art. 24 del R.D. Ley 7/1996, de 7 de Junio) mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros; servicios mortuorios (suprimido, también, de esta reserva por el Real Decreto-Ley acabado de citar). No puede dudarse de que la prestación de estos servicios, o de la mayoría de ellos, afecta de lleno a las líneas generales del Estado Social y hace factible, respetando, desde luego, la reserva de servicios o recursos esenciales al sector público mediante Ley (que prevé el art. 128 de la Constitución) y el procedimiento prevenido en el propio art. 86 de la Ley 7/1985, la posibilidad de que

10. Vid. Martín Rebollo, L. en comentario al art. 140 CE en “Leyes Administrativas” Thomson-Reuters-Aranzadi 18ª edición 2012, pág. 211.

la pintoresca situación que planteaba Webb pudiera, incluso hoy, convertirse en realidad. Puede afirmarse, pues, que, en la esfera local, las políticas públicas de prestación de servicios están avaladas constitucional y legalmente.

Esto no quiere decir, naturalmente, que la privatización de servicios y las tendencias liberalizadoras no puedan darse en la esfera local ni, mucho menos, que los servicios esenciales a que se ha hecho referencia deban prestarse en régimen de monopolio. Es más: la prestación de servicios municipales ha estado tradicionalmente ligada al régimen concesional, además del arrendamiento y el concierto, al lado de formas de gestión directa, que han incluido, desde siempre, la sociedad privada, municipal o provincial, o las empresas mixtas, inclusive con posterioridad a las Leyes 57/2003, de 16 de diciembre, que afecta a las formas de gestión de los servicios locales, y de las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; 25/2009, de adaptación de la anterior; Real Decreto-Ley 19/2012, de 25 de mayo, de Medidas Urgentes de Liberalización del Comercio y de Determinados Servicios; Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, y Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo de 3/2011, de 14 de noviembre. Lo que quiere significarse, con lo expuesto, es la menor incidencia que, en al esfera local, pueden tener las modernas tendencias de liberalización y, en cierto modo, desmantelamiento de lo que ha venido en denominarse “Estado Social administrativo”.

En la actualidad hay que tener en cuenta las disposiciones del antecitado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aplicable a todas las Entidades integrantes de dicho sector, entre las que se encuentran las Entidades que integran la Administración Local [(art. 3.1.a)], así como las modalidades de contratos del sector público (art. 5), entre los cuales adquiere particular relevancia la distinción entre el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios públicos, una de cuyas modalidades es la concesión de servicios [(art. 277 a)]. Igualmente han de tenerse en cuenta las Directivas de la Unión Europea en materia contractual, en general recogidas por transposición en el Texto Refundido acabado de citar. El 15 de Enero de 2014, el Parlamento Europeo ha aprobado tres nuevas directivas, que sustituyen otras tantas de la misma procedencia y se refieren a la contratación pública, a los sectores especiales y a los contratos de concesión, estos por vez primera regulados a nivel europeo. Estas directivas implicarán nuevas modificaciones en el Texto Refundido¹¹.

11. Vid al respecto, Razquin Lizarraga, M.M. “Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)”, en Revista Española de

De todas maneras, si por privatización de servicios se pretende interpretar un modo de gestión, encomendado al sector privado (como ocurre preferentemente con la concesión), no cabe duda de que, de acuerdo con lo dicho, aquélla ha de desplegar considerable desarrollo en la esfera local. Lo mismo se puede decir si por privatización se entiende una determinada forma organizativa o un determinado criterio funcional o, lo que es lo mismo, un recurso a personificaciones jurídico-privadas o a actividades regidas por el Derecho privado en la prestación de los servicios esenciales con mayor incidencia en la sociedad, en definitiva, una manifestación del fenómeno que ha sido bautizado con el expresivo nombre de “huída del Derecho Administrativo”¹².

Pero todas estas fórmulas de gestión no privan del carácter de servicio público a las prestaciones correspondientes, sino que, por el contrario, lo afirman. La llamada privatización funcional u organizativa no afecta a los modos de gestión del servicio público y, por ende, constituye una forma de privatización que, al no cuestionar la titularidad pública de la actividad, supone un grado más debilitado de liberalización.

b’) En el ámbito autonómico

Las reformas estatutarias de última generación, esto es, las aprobadas a partir de 2006, han desarrollado y ampliado principios y derechos en gran

Derecho Administrativo, nº 161, Enero-Marzo 2014, págs.. 37 y sigs. Vid también, Razquin Lizarraga, J.A. “La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno” Revista Aranzadi Doctrinal, nº 3, junio 2012, págs. 171 y sigs. y Mestre Delgado, J.E., “Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión”, en Tratado de Derecho Municipal, vol. II, 3ª ed. (dir. Muñoz Machado, S.), Iustel, Madrid, 2011, págs. 2063 y sigs.

12. Por todos, Vid. Martín Retortillo, S. “Reflexiones sobre la “huída” del Derecho Administrativo”, RAP núm. 140, Mayo-Agosto de 1996, págs. 25 y sigs. En este estudio, concretamente en su punto 3, se distingue entre privatización propia de la Administración, que se identifica con la transferencia de activos patrimoniales del sector público al sector privado, y privatización referida al ejercicio de funciones públicas conforme a procedimientos jurídico privados o por organizaciones de carácter privado. Del propio modo, Garrido Falla, F., en “Privatización y Reprivatización”, RAP, nº 126, Sepbre.-Dbre. de 1991, págs. 7 y sigs., se refiere a una privatización organizativa y funcional de actividades industriales y mercantiles del Estado, una privatización de gestión y otra de la actividad propiamente dicha. Vid. También Borrajo Iniesta, I, “El intento de huir del Derecho Administrativo”, REDA, nº 78, 1993.

parte similares a los incluidos en el cap. III del Tít. I de la Constitución como principios rectores de la política social y económica¹³. Se refieren los mismos –los comprendidos en los Estatutos, se entiende-, aparte de a los derivados de derechos y principios rectores y de otros conectados con derechos de libertad o con los de participación individual o colectiva en la vida política, económica, cultural y social, a los representativos de la propia identidad, o conectados a derechos con un grado mayor de concreción, como pueden ser los relativos, en el ámbito de la educación, a la gratuidad de la enseñanza obligatoria o a la aplicación de ayudas públicas para acceder en igualdad de condiciones a los niveles educativos superiores, o para acceder, en condiciones de igualdad y gratuidad, a los servicios sociales y sanitarios de responsabilidad pública, o incluso a una renta garantizada de ciudadanía para quienes se encuentren en situación de pobreza. Así, por ejemplo y entre otros, ocurre en los Estatutos de la Comunitat Valenciana, de Cataluña y de Andalucía, en que, bien en una referencia conjunta, como ocurre sobre todo en el Estatuto Valenciano (art. 10), bien con un catálogo más precisado e individualizado, conforme hacen los otros dos Estatutos citados como ejemplo, hay una clara referencia, incluso ampliatoria respecto de lo reconocido en el texto estatutario anterior a su modificación, a principios y derechos económicos y sociales característicos del Estado Social y Democrático que proclama la Constitución.

El Tribunal Constitucional, en las Sentencias 247/2007, de 12 de diciembre, y 31/2010, de 28 de junio, ha sentado que tales derechos estatutarios no pueden calificarse de derechos fundamentales ni afectarlos, porque estos sólo pueden ser los proclamados y reconocidos en la Constitución, que por ello vinculan a todos los legisladores y restantes poderes públicos. Los derechos, mandatos y principios estatutarios sólo vinculan al legislador y poderes autonómicos y están, a su vez, sujetos al ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma.

Resulta claro, pues, que, cualesquiera que pudiera ser la consecuencia de la necesidad de intermediación del legislador en el desarrollo y efectividad de tales derechos, principios y mandatos, o de los condicionamientos de sostenibilidad financiera que pudieran afectarles –tema que después se tratará más específicamente- el Estado Social no sólo no está desconocido o menoscabado

13. Vid. Garrido Mayol, V. “La forma de la reforma”, en *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*, Fundación Profesor Manuel Broseta, Valencia, 2007.

en la legislación autonómica, sino que, antes al contrario, resulta expresamente confirmado o incluso ampliado en sus contenidos¹⁴.

c') En el plano estatal

Las mismas consideraciones que acaban de hacerse a propósito de las tendencias liberalizadoras en el ámbito local y autonómico pueden reproducirse en este apartado.

En efecto. También ha sido tradicional, dentro de la esfera estatal, la gestión de servicios esenciales a la sociedad mediante fórmulas de gestión directa, con inclusión de la gestión a través de personificaciones públicas diferenciadas, o de gestión indirecta, fundamentalmente concretada en la concesión. En nuestro Derecho, la cobertura legal de tales fórmulas de gestión es bien conocida. Así, la Ley 6/1997, de 14 de Abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), al regular la Administración institucional del Estado, contempla los “organismos públicos” o, lo que es lo mismo, “entidades de Derecho público que desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta” (art. 1º, párrafo 2º), con “personalidad jurídica diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión” (art. 42.1), y los clasifica en “organismos autónomos”, “entidades públicas empresariales” y Agencias Estatales, regidas éstas por la Ley 28/2006, de 18 de julio (art. 43). Pues bien; entre las funciones de los organismos autónomos, que se rigen por el Derecho Administrativo --con lo que su existencia no puede conceptuarse manifestación del fenómeno de “huída del Derecho Administrativo”--, destaca la de desarrollar, “en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de **gestión de servicios públicos**” (art. 45.1). Lo mismo cabe predicar de las Agencias Estatales tras de la precitada Ley 28/2006, cuyo título es significativo al respecto en cuanto la creación de las mismas responde al fin de “mejora de los servicios públicos”, una de cuyas pretendidas ventajas es “la profundización de una nueva cultura de gestión que ha de apoyarse en el cumplimiento de objetivos claros, medibles y orientados hacia la mejora en la prestación del ser-

14. Vid. Sobre el tema y con referencia al Estatuto Valenciano, los comentarios de Sánchez Ferriz, R. (al Tit. II del Estatuto “De los derechos de los Valencianos y Valencianas”), Jimena Quesada, L. (al art. 10 del Estatuto) y Pérez i Seguí, Z. (comentario al art. 15 del Estatuto), en “Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, “Dir. Garrido Mayol, V., Tirant lo Blanch (Tratados) y Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, Valencia 2013.

vicio con las consiguientes ventajas para los usuarios y para los contribuyentes”. (Exposición de Motivos).

Por su parte, las entidades públicas empresariales, que sí constituyen una manifestación clara de aquella “huída” por cuanto se rigen por el Derecho privado y su personal por el Laboral, pueden tener encomendadas actividades prestacionales, de gestión de servicios o incluso de producción de bienes de interés público siempre que sean susceptibles de contraprestación. Aquí sí hay ya una mayor incidencia de lo “privado” en la gestión de servicios públicos y, por tanto, en la efectividad de los planteamientos del Estado Social, del propio modo que la hay, en mucho mayor grado, en las “Sociedades mercantiles estatales” a que se refiere la Disposición Adicional 12ª de la LOFAGE. Pero en este planteamiento legal, más que desmantelamiento del Estado Social y de sus conquistas, hay también una desvirtuación del “Estado social administrativo” mediante interposiciones de regímenes jurídico-privados de gestión. En definitiva, se trata de auténticas manifestaciones de la tan repetida “huída del Derecho Administrativo”, que ha pretendido justificarse en criterios de eficacia y que, en realidad, ha obedecido en muchos casos a propósitos de elusión de los controles que la sujeción a Derecho Administrativo comporta¹⁵ y que ha dado pié al desarrollo de una abundante doctrina, tanto acerca de la inconstitucionalidad de esa progresiva “privatización” de las administraciones públicas sobre la base de una reserva constitucional de Derecho Administrativo --que se podría encontrar en los arts. 103.1, 106.1 y 153.c de la Constitución—¹⁶, como sobre la necesidad de acentuar un criterio material a la hora de determinar cuando se está ante una Administración pública, o de aplicar la técnica fiscalizadora elaborada en torno a los actos separables o inclusive la doctrina de la averiguación de la verdadera

15. Vid. S. Martín Retortillo, “Reflexiones...” cit., págs. 36 y sigs.

16. Vid., por todos, Silvia del Saz Cordero, “La huída del Derecho Administrativo; últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, RAP, núm. 133, 1994, págs. 201 y sigs., y Parada Vázquez, R., Derecho Administrativo 6ª ed. T. I, págs. 30 y sigs. En general, sin embargo, hay que advertir que estos preceptos aluden a una sujeción a Derecho de la actuación de las Administraciones Públicas --no específicamente, por tanto, al Derecho Administrativo-- y al control judicial de esa actuación, aunque no necesariamente por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Vid. García de Enterría y T.R. Fernández, “Curso de Derecho Administrativo”, 11ª ed., I, págs. 406 y sigs.

naturaleza de una persona jurídica mediante lo que la doctrina y jurisprudencia civil y mercantil han denominado, gráficamente, “levantamiento del velo”.¹⁷

Esta tendencia privatizadora adquirió nueva e importante expresión en la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002, de 26 de Diciembre, que recoge las llamadas “fundaciones del sector público estatal”, cuya creación requiere únicamente acuerdo del Consejo de Ministros (art. 45.1). Asimismo son expresivas las “fundaciones públicas sanitarias” de la Ley 50/1998, de 30 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social --art. 11-- y “las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 15/1997, de 25 de Abril”, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. Este Sistema sigue mereciendo, en el art. único de la Ley, la consideración de servicio público, pero habilita que su gestión, lejos de la organización prevista en la Ley 14/1986, de 25 de Abril, General de Sanidad, que incorporó al ámbito del Sistema Nacional de Salud un modelo de organización de los centros y servicios caracterizado, fundamentalmente, por la gestión directa tradicional en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, pueda llevarse a cabo, directa o indirectamente, a través de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad posibles admitidas en Derecho, entre otras a través de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica, tales como empresas públicas, consorcios o fundaciones u otras entidades de naturaleza o titularidad públicas admitidas en nuestro Ordenamiento.

También son de destacar, como muestra de la mencionada tendencia privatizadora, las del Servicio Postal, el de Televisión por cable y de las Telecomunicaciones. En efecto; la Ley 24/1998, de 13 de Julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales y después la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal, los califica de “servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia”, aunque impone al operador al que se encomiende la prestación del servicio postal universal y a los prestadores de servicios postales que requieran autorización administrativa singular el cumplimiento de obligaciones de servicio público. Por su parte, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, las define igualmente como servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia, pero las califica de servicio público cuando se trata de servicios de telecomunicaciones para la defensa nacional y la protección civil y delimita las obligaciones de ser-

17. Vid. S. Martín Retortillo, op. cit. Pág. 55 y G^a de Enterría y T.R. Fernández, “Curso...” cit. Págs. 408 y sigs.

vicio público, con referencia a los titulares de servicios de telecomunicaciones, como “el conjunto definido de servicios de telecomunicación con una calidad determinada, accesibles a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible”.

d') En el marco constitucional y comunitario europeo

La Constitución, en su art. 128, después de declarar la subordinación de toda la riqueza del país, en sus diversas formas y fuera cual fuere su titularidad, al interés general y de reconocer la iniciativa pública en la actividad económica, determina que “mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”. Parece claro, pues, que, aparte los preceptos que impulsan la participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de vida o la bienestar general, o que se refieren a la participación de los poderes públicos y trabajadores en las empresas, al fomento de sociedades cooperativas, a la facilitación del acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción, a la modernización y desarrollo de los sectores económicos y a la posibilidad de planificación de la actividad económica general, entre otras finalidades, para atender a las necesidades colectivas (arts. 129 a 131, inclusive), ha reconocido la posibilidad de que servicios esenciales, sin duda parte importante del Estado Social, sean prestados directamente por la Administración o por entidades susceptibles de inclusión en el concepto más amplio de “sector público”, dentro del cual cabe comprender no solo las entidades públicas empresariales, sino también las sociedades mercantiles estatales, autonómicas o locales y cualesquiera entes mayoritariamente participados, en su capital y dirección, por administraciones públicas.

Esta posibilidad significa, por una parte, que la prestación de los servicios esenciales (educación, sanidad, transportes y telecomunicaciones, etc) puede estar reservada a las Administraciones públicas, mediante fórmulas de gestión directa o indirecta, como ya se ha dicho. Pero también da a entender que, al tratarse de una posibilidad y no de una imposición, el modelo puede ser distinto.

La pregunta, por tanto, sería la de si, al consistir el núcleo básico de la liberalización en una exclusión del Estado en la actividad de prestación de servicios, esta rigurosa opción puede tener cabida en la Constitución.

Al respecto, ya de lo dicho, la respuesta negativa se impone. Independientemente de manifestaciones concretas, como la contundente, a que después se harán mención, del art. 41 CE --“los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”, y no cabe duda de la consideración de la Seguridad Social y sus organizaciones como servicio público¹⁸--, hay que destacar que la regulación sectorial de los servicios públicos esenciales no muestra, al menos en gran parte, una tendencia desmanteladora del servicio público como núcleo esencial de la actividad estatal de prestación en el Estado Social, sino la de permanencia del concepto de servicio público a través de una nueva categoría, la del servicio universal, surgida de la distinción, en la regulación de los servicios en régimen de competencia, principalmente de los servicios conectados con las nuevas tecnologías --los menos propensos al monopolio natural, aunque, al propio tiempo, los más abocados a soluciones de concentración de empresas y de monopolio <<de facto>> en su explotación privada--, entre prestaciones de mercado y prestaciones de servicio público, pues mientras las primeras estarían incluidas en el normal régimen privado de prestación de servicios y producción de bienes, las segundas integrarían la nueva categoría de servicio universal¹⁹.

Ya de algunas definiciones legales, antes transcritas, se desprende que el servicio universal hace referencia a un estándar mínimo de prestaciones que ha de tener garantizado el conjunto de los ciudadanos, o determinados colectivos

18. Vid., en este punto, Garrido Falla, F. “La administración de la gestión de la Seguridad Social (con una alusión al Estado de bienestar)”, RAP, núm. 140, Mayo-Agosto de 1996, págs. 7 y sigs.

19. Vid. De la Cuadra, T., “Constitución y modelo económico liberalizador”, pág. 42, y G. Ariño, “Servicio Público y Servicio Universal en las Telecomunicaciones”, pág. 757. Vid. También Carlón Ruiz, M. “Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal”, en “Derecho de la regulación Económica, I., Iustel, 2009, págs. 463 y sigs., dirección Muñoz Machado, S. y Esteve Pardo, J. Igualmente Chinchilla Martín, C. en “Servicio público ¿Crisis o renovación?” en Régimen Jurídico de los Servicios Públicos, Cuadernos de Derecho Judicial, 1997, págs. 85 y sigs.

sociales, a precios asequibles y cualquiera que fuera el lugar en que aquellos se encuentren. Es más, inclusive en estos servicios más anclados a las nuevas tecnologías, muchas veces se salvaguarda la calificación de servicio público y se configura su prestación privada mediante concesión, que, conforme se ha anticipado, implica titularidad pública del servicio. En definitiva el servicio universal es un instrumento técnico que pretende evitar que la gestión privada de las actividades económicas implique o determine que los ciudadanos dejen de tener a su disposición prestaciones básicas que los empresarios privados consideren no rentables atendiendo a las reglas del mercado²⁰.

Cuestión distinta es la de si el modelo constitucional español, que como se ha dicho no solo no proscribiera, sino que afirma, la posibilidad y, por ende, constitucionalidad de políticas de Estado de servicio público, puede verse alterado por las políticas liberalizadoras, derivadas de la afirmación del principio de libre competencia que significó la adhesión a las Comunidades Europeas, sobre todo después del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012 y de la inclusión del principio de estabilidad presupuestaria en el art. 135 de la Constitución, reformado, anticipadamente al Pacto Fiscal Comunitario, en 2011. Este punto se examina después.

Efectivamente, el art. 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su ap. 3, establece que la Comisión velará por la aplicación de las disposiciones de este precepto (que, en esencia, se refieren, en disposiciones aplicables a las empresas, a la salvaguarda de los principios de libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales y de libre competencia en el ámbito comunitario y a la sumisión de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, o que tengan el carácter de monopolio fiscal, especialmente a las normas sobre libre competencia contenidas en el Tratado), y que, en tanto fuere necesario, y para ello, dirigirá a los Estados miembros Directivas o Decisiones apropiadas. En virtud de la utilización de estos medios, la Comisión Europea, <<per se>>, y por tanto con independencia del Consejo y del Parlamento Europeos, impulsó la liberalización de servicios tecnológicos, sacando adelante, incluso, las impugnaciones de determinados

20 En este sentido, Muñoz Machado, S. , Mestre Delgado, J.F. y Alvarez García, V., en “La europeización de las garantías de los derechos y la universalización en Europa de algunas políticas de bienestar”, en la obra colectiva “Las estructuras del bienestar en Europa”, cit. Págs.. 398 y sigs. Vid también, Muñoz Machado, S. “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, en Derecho de la Regulación (dirs. S. Muñoz Machado – J. Esteve Pardo), Tomo I, Iustel, 2009, págs. 15 y sigs.

Estados en el Tribunal de Justicia (vgr. y por lo que respecta a España, Sentencia de 17 de Noviembre de 1992, asuntos c-271/90, c-281/90 y c-289/90). Podría interpretarse, pues, que, a partir de 1º de Enero de 1986, en que surtió efecto la adhesión de España a las Comunidades Europeas, hoy Unión Europea, efectuada mediante el Tratado de 12 de Junio de 1985, con ratificación autorizada por la L.O. 10/1985, de 2 de Agosto, y por mor de la incorporación a nuestro Derecho interno de todo el Derecho Comunitario vía art. 93 de la Constitución, las posibilidades de reserva estatal en la prestación de servicios esenciales por el Estado que autoriza el art. 128 de la Constitución, como se ha visto, quedaba restringida o condicionada por las disposiciones comunitarias (Tratados, Reglamentos, Directivas y Decisiones) que habían hecho o que hicieran efectiva la liberalización.

Esta posibilidad está, ciertamente, cimentada en un irreprochable razonamiento jurídico. Pero, no obstante, conviene no extenderla más allá de sus justos límites. En primer lugar, porque, como se ha dicho antes repetidamente, la tendencia liberalizadora propia, esto es, la que saca al Estado de la actividad prestacional, ha quedado prácticamente constreñida a servicios vinculados a las nuevas tecnologías, y aun ello con imposición de obligaciones de servicio público derivadas del <<servicio universal>>. En segundo término, porque, en el resto de los servicios esenciales, la tendencia privatizadora o liberalizadora se ha materializado en la privatización de la fórmula gestora, bien a través de tradicionales modos de gestión indirecta (concesión) o de organización de la gestión, mediante personificaciones privadas en la actuación administrativa, fundamentalmente por remisión de estos nuevos entes (participados por Administraciones públicas u organismos de ellas dependientes) a regímenes jurídicos privados, con lo que la titularidad del servicio, y lo que es más importante la responsabilidad pública en la prestación, quedan, en principio, salvaguardadas. Y, por último y en tercer lugar, porque el propio art. 106 del Tratado, en su ap. 2, salva la liberalización, e inclusive la sumisión a las normas sobre libre competencia, a que su aplicación <<no impida>>, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la <<misión específica a ellas confiada>>, esto es, de la misión concreta confiada a las empresas --públicas o privadas-- que gestionen los servicios de interés general o que tengan el carácter de monopolio fiscal. Además, los arts. 3 y 9 de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea, respectivamente, resumen los objetivos de la Unión en la promoción del progreso económico y social y un alto nivel de empleo y en la consecución de un desarrollo equilibrado y sostenible mediante, entre

otros procedimientos, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y la misión de la Comunidad en la promoción, en cuanto ahora importa, de un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas, de un alto nivel de empleo y de protección social y de la elevación del nivel y la calidad de vida.

Estos principios, pues, que precisan para su realización de políticas públicas y promociones públicas evidentes, abonan la relatividad e inconsistencia de cualquier afirmación que impute a la Unión Europea situaciones de merma o desmantelamiento del Estado Social.

Téngase presente que se pueden detectar tendencias en la Europa comunitaria que discurren por el camino de incrementar el crecimiento con la palanca de la inversión pública y que no han sido desechadas. La Iniciativa de Crecimiento Estratégico, aprobada por el ECOFIN, prevé inversiones en infraestructuras e I+D con 29 proyectos en redes transeuropeas de comunicaciones de aquí al año 2020, que se financiarán con fondos europeos, recursos de los Estados e inversión privada, con un papel central del Banco Europeo de Inversiones. Todo ello, entre otros, con el objetivo de estimular el crecimiento y lograr un avance económico e incremento del PIB en la zona euro. Ni más ni menos, aunque sin decirlo, que una política puramente Keynesiana, con el acento puesto en el gasto público para tirar de la demanda, aun a costa del aparcamiento del Pacto de Estabilidad.

Aparte lo anterior, lo decisivo, en cuanto afecta a los derechos económicos y sociales en el ámbito de la Unión Europea, está constituido por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, versión consolidada por el Tratado de Lisboa de 2007.

El valor jurídico de la Carta, que fue en su inicio adoptada como “Declaración solemne” y que, como tal, aunque nació con vocación de adquirir obligatoriedad jurídica, no la tenía, ha sido otorgado una vez vigente el referido Tratado de Lisboa. En efecto, la nueva redacción del art. 6º del Tratado de la Unión Europea establece que “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2007 tal y como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Su obligatoriedad está definida en el Capítulo VII, en el que se establecen

las previsiones de que sus destinatarios son las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión; de que la Carta no comporta ampliación de las competencias comunitarias; y de que cualquier limitación de los derechos y libertades enunciados en la Carta habrá de hacerse por ley, que deberá respetar su contenido esencial –ni más ni menos que la misma garantía que para derechos fundamentales y constitucionales establece el artº 53.1 CE- y respetar asimismo el principio de proporcionalidad.

En el Título III de la Carta (arts. 20 y sigs.) se atiende al principio de <<Igualdad>> (rúbrica del mismo) y en él se reconocen el derecho a la igualdad ante la Ley; el de no discriminación; el principio de respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística; el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres; los derechos del menor; los de los ancianos y el derecho de las personas con discapacidad.

Pero es en el Título IV, y bajo la rúbrica de “Solidaridad”, donde se reconocen los derechos de los trabajadores a la información y consulta en el ámbito de la empresa; el derecho de negociación y acción colectiva; el derecho de acceso a los servicios de colocación; el derecho a la tutela en caso de despido injustificado; el derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y justas; la prohibición de trabajo de los menores y la protección de los jóvenes en el lugar de trabajo; la garantía de protección a la familia; el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales; el derecho a la protección de la salud; el acceso a servicios de interés económico general; la tutela del medio ambiente y la protección de los consumidores²¹.

e) La influencia del conocido como último Pacto Fiscal Europeo y del principio constitucional de estabilidad presupuestaria en el Estado Social de Derecho

Conforme se acaba de anticipar en parte, la cuestión a abordar aquí es la de si afecta frontalmente a la constitucionalidad de políticas de Estado de ser-

21. Vid. una completa exposición sobre el tema en Pérez de los Cobos Orihuel, F. en “El reconocimiento de los derechos sociales fundamentales en la Unión Europea”, en Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva época. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 9/2009, págs. 13 y sigs.

vicio público el Tratado Europeo de Estabilidad de 2012 y el principio de estabilidad presupuestaria establecido en el reformado art. 135 de la Constitución.

Por lo que respecta al marco proporcionado por el Derecho Comunitario Europeo, el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, firmado en Bruselas en 2 de marzo de 2012, estrechamente relacionado con el Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), hecho en Bruselas el 2 de febrero de 2012 con función de prestar asistencia financiera a aquellos países de la zona euro que lo requieran con miras a salvaguardar la estabilidad financiera de la zona en su conjunto, ha de destacarse que, según su art. 1º, la función de dicho Pacto se concreta en “reforzar el pilar económico de la unión económica y monetaria mediante la adopción de un conjunto de normas destinadas a promover la disciplina presupuestaria a través de un pacto presupuestario, a reforzar la coordinación de sus políticas económicas y a mejorar la gobernanza de la zona del euro, respaldando así la consecución de los objetivos de la Unión Europea en materia de crecimiento sostenible, empleo, competitividad y cohesión social”. Conforme ha sido destacado²², los aspectos fundamentales del Tratado son: en primer lugar, el pacto presupuestario, asentado (art. 3º) sobre la base de que “la situación presupuestaria de las administraciones públicas de cada parte contratante será de equilibrio o de superávit”, condición que se incorporará al Derecho nacional de cada Estado firmante, preferentemente con rango constitucional (ya se ha indicado también que España se anticipó a esta elevación de rango con la reforma del art. 135 de la Constitución operada en 2011); en segundo término, la coordinación de las políticas económicas (art. 11) y, por último y en tercer lugar, la mejora de la gobernanza económica.

Por su parte, el principio de estabilidad presupuestaria fue introducido en la Constitución en virtud de la reforma llevada a cabo en 2011, antes, por tanto, de su exigencia por el Tratado Europeo acabado de citar de 2 de marzo de 2012, que afectó al art. 135 de la Norma Fundamental y que fue llevada a

22. Vid. “La respuesta de la Unión Europea a la crisis económica y el papel de las Instituciones de control externo”, de Tomé Muguruza, B., en *Revista Española de Control Externo*, nº 43, enero 2013, págs. 73 y sigs. esp. págs. 97 y sigs. Vid. también “La constitucionalización de la crisis económica”, en “La Constitución económica” Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Madrid, 2012, págs. 127 y sigs. de Embid Irujo, A. Asimismo, vid. “Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional”, Ruiz Almendral, V., en *Revista de Derecho Europeo*, nº 41, 2012, págs. 33 y sigs.

cabo por un procedimiento de urgencia, en lectura única y sin referéndum y con una celeridad sin precedentes en modificaciones de tal naturaleza (desde el 26 de agosto, en que tuvo entrada en el Congreso de los Diputados la proposición, hasta el 27 de septiembre siguiente, en que fue sancionada, promulgada y publicada y en que entró en vigor).

La reforma, que potencia el control del Estado sobre la capacidad de gasto y endeudamiento de las demás administraciones públicas (fundamentalmente sobre las Comunidades Autónomas), establece, junto al propio principio de estabilidad presupuestaria (ap. 1º del art. 135 reformado), los de límite del déficit estructural en los términos que fije la Unión Europea para sus Estados miembros y de acuerdo con la L.O. 2/2012, de 20 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y del de la deuda pública, cuyo volumen para el conjunto de las Administraciones Públicas no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (60% del PIB), y todo ello con la necesidad de autorización legal para endeudarse, con la de incluir en los Presupuestos los créditos para satisfacer el pago de intereses y capital de la deuda pública de las Administraciones y con las causas de superación de los límites concretados a supuestos de catástrofes naturales, de recesión económica y de emergencia extraordinaria (aps. 3º y 4º del art. 135 CE).

En cuanto a los principios consagrados por la antes citada L.O. de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, por cierto modificada por la L.O. 4/2012, de 28 de septiembre para aclarar la forma en la que debe computarse la deuda derivada de las medidas de apoyo (los anticipos de tesorería de los recursos del Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas, la línea ICO-Comunidades Autónomas o el Plan de Pago a Proveedores), hay que decir que desarrollan puntualmente el mandato contenido en el art. 135 CE y se concretan en la reiteración del principio de estabilidad presupuestaria como situación de equilibrio presupuestario o de superávit; en la plurianualidad de enfoque de los Presupuestos de las Administraciones, compatible con el de anualidad, a fin de que pueda tenerse en cuenta un marco presupuestario a medio plazo; el de transparencia o información suficiente respecto de la contabilidad de las Administraciones Públicas, de sus Presupuestos y liquidaciones; el de eficacia y eficiencia en la asignación de los recursos públicos; el de sostenibilidad financiera, sin que el gasto de las Administraciones Públicas pueda aumentar por encima de la tasa de crecimiento de referencia del P.I.B. y sin

que el endeudamiento pueda superar el antedicho 60% del PIB fijado por la normativa europea; el de responsabilidad por incumplimiento y, por último, el de lealtad institucional a fin de facilitar la colaboración y cooperación entre las distintas administraciones en materia presupuestaria.

Después de este nuevo marco normativo pudiera pensarse que ha quedado condicionado el contenido del Estado social y democrático de Derecho que proclama el art. 1º de la Constitución en su vertiente concreta de Estado Social. Corroboraría esta interpretación la Exposición de Motivos que antecede al acuerdo de aprobación de la modificación constitucional del art. 135 de aquella, en la que se alude expresamente a que “la estabilidad presupuestaria adquiere un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social que proclama el art. 1º.1 de la propia Ley Fundamental y, en definitiva, de la prosperidad presente y futura de los ciudadanos. Un valor, pues, que justifica su consagración constitucional, con el efecto de limitar y orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos”.

Sin embargo ha de resaltarse que el principio de estabilidad presupuestaria, tal y como ha sido establecido en el Tratado Europeo de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de 2 de marzo de 2012 y se ha destacado con anterioridad, sirve de respaldo a la consecución por la Unión Europea de los objetivos de “crecimiento sostenible, empleo, competitividad y cohesión social” (sic en su art. 1). Si a ello se añade la permanencia en los Tratados de la Unión Europea, versión consolidada por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (art. 2º y 3º.3), y de Funcionamiento de la Unión Europea, también en su versión consolidada por el referido Tratado de Lisboa de 2007 (arts. 9 y 14), de los valores de respeto a la dignidad humana, la solidaridad social o los propios de una “economía social de mercado, altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social”, así como las exigencias, que proclama, relacionadas “con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana” (art. 9 TFUE) y de la obligación de los Estados de velar porque los “servicios de interés económico general” se activen con arreglo a sus competencias respectivas de modo que les permitan cumplir su cometido (art. 14 TFUE), la conclusión no puede ser otra que la de que el principio de estabilidad presupuestaria no condiciona los presupuestos básicos del Estado social, sino que conduce a una

optimización de los recursos públicos en la prestación de los derechos sociales, a un condicionamiento de los fines a que aquellos –los recursos- deben ir destinados o a la ponderación necesaria entre los objetivos de la optimización de las prestaciones sociales y las disponibilidades y previsiones presupuestarias que se deben tener presentes, en los términos a que, después, específicamente, se hará mención²³.

C) El Estado democrático y la fórmula constitucional integradora

La primera nota característica de todo sistema democrático es que constituye un proceso de toma de decisiones basado en la ley de las mayorías. Pero esta primera nota, como fácilmente puede entenderse, es totalmente insatisfactoria e incompleta. Si solo se exigiera el seguimiento de un determinado proceso, por muy sujeto que estuviese a la ley de las mayorías, para caracterizar como democrática una decisión, el sistema podría ser incluso compatible con una dictadura que se definiera como un Estado de Leyes y que supeditara su actuación a las mismas. Un Estado democrático presupone, por supuesto, el Estado de Derecho con todos sus valores. Lo que quiere acentuarse con esta expresión es el **pluralismo político** como medio para conseguir tanto los fines del Estado de Derecho (la libertad), como los del Estado Social (la igualdad y la solidaridad). De ahí que el pluralismo político deje abiertas vías, en la forma de interpretar la magnitud y profundización de las prestaciones propias del Estado Social, para adecuarlas a los planteamientos de las distintas opciones políticas. Pero siempre con supeditación a valores superiores, que funcionan como principios sustantivos y como límite de la función legislativa ordinaria, y que en nuestra Constitución se manifiestan en la misma proclamación del art. 1º, al incluir, en una fórmula integradora, los valores superiores de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como caracterizadores del Estado Social y democrático de Derecho. Porque son también notas caracterizadoras del Estado democrático tanto la necesidad de que la libertad de la persona, su dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, que son fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 C.E.) sean reales y efectivas, hasta el punto de implicar la actividad de los poderes públicos en esa dirección, como que lo sean igualmente la participación ciudadana en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 C.E.).

23. Vid. Sobre el tema Vaquer Caballeria, M., “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, en Informe Comunidades Autónomas. Instituto de Derecho Público, Barcelona 2012, págs. 75 y sigs.

El principio democrático supone, desde luego, que esa participación ciudadana sea potenciada y asegurada al máximo en cada uno de los centros de poder y no se limite, con ser la fundamental, a las periódicas consultas electorales. Es particularmente relevante, al respecto, como conectado a las previsiones del Estado de Bienestar y del Estado Social, el mandato del art. 129 de la Constitución, de que la ley establezca “las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de vida o al bienestar social”.

Con todos estos elementos, no cabe duda alguna que nuestra Constitución, que no solamente potencia la libertad real, sino también la igualdad real y efectiva, hasta el punto de imponer, como se ha visto, a los poderes públicos la obligación de remover los obstáculos que, en relación a una y otra, impidan o dificulten su plenitud --art. 9º.2-- , al adoptar la fórmula integradora, no ha caído en un ejercicio meramente retórico. La fórmula integradora, pues, se revela no como antitética de los principios y valores propios de cada uno de sus componentes, sino como mecanismo que los articula en régimen de complementariedad.

Por lo demás la defensa de una fórmula de equilibrio entre las reglas de la economía de mercado y la garantía de los derechos sociales es hoy mayoritaria como se ha visto claramente en los apartados anteriores.

III.- La normatividad de la Constitución y la interpretación constitucional de los derechos que la misma reconoce.

A) La Constitución como norma jurídica suprema del ordenamiento.

Es un lugar común en la doctrina científica y, desde luego, en la constitucional que la Constitución es una norma jurídica, la norma jurídica suprema de nuestro Ordenamiento²⁴. Pero no sólo es una norma que regula y ordena las instituciones del Estado, definiendo su estructura y competencias, sino también

24. Es obligada, por su importancia y significación, la cita del trabajo del Profesor García de Enterría, E.: “La Constitución como norma jurídica”, primeramente publicado en el Anuario de Derecho Civil, 1979, después incluido en la obra colectiva “La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático”,

la configuradora del Estado Social y Democrático de Derecho que ella misma proclama en su art. 1º, con todos los elementos a que al principio de esta intervención se hacía mención –y que no es necesario, por tanto, repetir aquí– y la norma que sirve de referencia a las demás integrantes de ese Ordenamiento, con un valor normativo vinculante para todos los poderes públicos y para el conjunto de los ciudadanos, valor que es predicable de todos y cada uno de sus preceptos según su propio contenido y carácter, y por ello, como después se verá, con distintas posibilidades de articulación que no por eso desvirtúan esa concreta naturaleza de norma jurídica suprema y vinculante.

La principal manifestación de ese valor normativo se encuentra en el art. 9º.1 cuando, sin margen alguno para la duda, establece que “los ciudadanos

dirigida por García de Enterría y A. Predieri, Civitas, 1980, y por último publicada por la misma editorial (Civitas) integrando otro trabajo del mismo autor (“La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, publicado en el nº 1 de la Revista Española de Derecho Constitucional, 1981), bajo el título de “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, cuya primera edición es de 1981. Por lo demás son múltiples los trabajos en que se hace especial hincapié en la naturaleza de norma jurídica que tiene la Constitución. Así, Muñoz Machado, S., en “Constitución”, Iustel, 2004, esp. págs.. 125 y sigs. Martín Rebollo, L. en el “Estudio Preliminar; la Constitución de 1978: elaboración, contenido, significado general e incidencia en el ordenamiento jurídico”, en “Constitución Española (Texto y Contexto)”. Thomson-Reuters-Aranzadi, 2012, esp. págs..49 y sigs. Espín Templado, E., en “Derecho Constitucional”, vol. I, con Luis López Guerra, Joaquín García Morillo (+), Pablo Pérez Tremps y Miguel Satrustegui, Tirant lo Blanch, 2007, entre otros muchos.

El mismo carácter normativo y vinculante de los preceptos constitucionales se recoge en la doctrina del Tribunal Constitucional tempranamente. Así, las SSTC: 9/1981, de 31 de marzo, califica a la Constitución como “la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico”; la 21/1981, de 15 de junio, FJ 17, declara que los preceptos constitucionales alegados vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y ... son origen inmediato de derechos y de obligaciones y no meros principios programáticos”; la 16/1982, de 28 de abril, FJ. 1, declara que “conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados ... están sujetos a ellos (arts. 9.1 y 117.1 CE)”; la STC 80/1982, de 20 de diciembre, a propósito de un recurso de amparo contra una Sentencia del T.S. –la de 8 abril 1982 (RJ 1982/1941)- que había declarado que el mandato del art´. 14 CE era “una declaración de principio”, concluye que “la Constitución es nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal”.

y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico”. Hay otras manifestaciones concretas de esta normatividad de la Constitución como son, fundamentalmente, la virtualidad derogatoria que expresamente le reconoce su disposición derogatoria, ap. 3, respecto de toda norma que se oponga a lo en ella establecido²⁵, o también aquellos casos en que el texto constitucional permite su aplicación directa sin que sea necesaria ninguna intermediación legislativa, como ocurre con los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección 1ª, del cap. II, del Tit. I, o en que establece una vinculación especial de los poderes públicos al elenco de derechos y libertades que reconoce el cap. II del Tit. I (art. 53.1); o cuando señala la organización y competencias de órganos constitucionales, como el Tribunal Constitucional (art. 161.1), o la de los Jueces para plantear ante éste últimas cuestiones de institucionalidad (art. 163), entre muchas más.

Aunque es cierto que el grado de vinculación para poderes públicos y ciudadanos no es uniforme –como lo prueba la mera lectura de los tres apartados del art. 53 de la Constitución a que después se hará particular mención-, no puede olvidarse que la normatividad del texto fundamental, conforme antes se destacó, se predica de todos y cada uno de sus preceptos, cualesquiera que sea el tipo de norma que se considere, es decir, tanto si se trata de reglas de directa aplicación como si se está ante principios o ante mandatos dirigidos al poder legislativo o a los distintos poderes públicos, pues inclusive estos principios, aun cuando no generen “per se” derechos subjetivos, pueden operar incluso como parámetros de constitucionalidad de las leyes.

B) La interpretación de la Constitución.

En principio la interpretación de la Constitución se enmarca en la interpretación jurídica, puesto que, como se acaba de ver, la Constitución es una norma jurídica, la suprema de nuestro Ordenamiento. Más concretamente interpretación constitucional, en supuestos de controversia jurisdiccional, será la actividad desarrollada por el Juez para determinar, en virtud de un razonamiento jurídico, el sentido de una norma constitucional, cuyo controvertido significado es el objeto del propio litigio mantenido por las partes ante aquel.

25. Vid. Al respecto Borrajo Inieta, I., “Comentario al apartado tercero” de la Disposición derogatoria de la Constitución, en “Comentarios a la Constitución Española”, Fundación Wolters Kluwer, 2009.

A la interpretación constitucional son aplicables, pues, los criterios básicos que son propios de toda interpretación de normas y que, en una completa y resumida enumeración, determina el art. 3º del Código Civil cuando establece que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. Se contienen aquí los tradicionalmente considerados criterios básicos de interpretación de las normas, a saber: la interpretación literal o gramatical; la interpretación sistemática; la referida a la “mens legislatoris”, o de la “ratio legis” o “interpretación original”; la evolutiva o adaptativa, a fin de evitar la obsolescencia y, por último, la interpretación funcional o teleológica.

No es necesario –porque sería excesivo– hacer ahora una glosa de la aplicación en las Sentencias del Tribunal Constitucional –que es, como enseña se dirá, el supremo intérprete de la Constitución–, de los criterios que intervienen en el proceso de interpretación jurídica, pero sí es preciso destacar la importancia de atender a todo el contexto en que se sitúa la norma constitucional a interpretar. La interconexión de los ordenamientos jurídicos, y en materia de derechos fundamentales la llamada “interconexión orgánica y finalista” de los mismos, ha determinado que la sistematicidad sea uno de los rasgos definitorios de los ordenamientos jurídicos más evolucionados y que, por la conexión de principios con derechos fundamentales, pueda verse ampliada la protección de los primeros²⁶. En este sentido, el Tribunal Constitucional tiene sentado que es obligado considerar la Constitución “como un todo sistemático exento de contradicciones lógicas” (STC 278/1993, de 23 de septiembre), en que cada precepto encuentra su pleno valor y sentido en función del conjunto y, por tanto, “valorándolo en relación con los demás, es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática” (STC 113/2004, de 12 de julio). Importancia la expuesta que permitirá, conforme posteriormente se reiterará, la conexión entre derechos fundamentales, o entre principios y derechos fundamentales, al objeto de lograr para éstos la protección reforzada que recoge el art. 53.2 de la Constitución. También es destacable la apertura de la jurisprudencia constitucional al criterio evolutivo, que permite una adaptación de los preceptos

26. Vid. Martín Retortillo, L. “La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho”, Cuadernos Civitas, 2004. Vid también Pérez Luño, A.E., en “Dogmática de los derechos fundamentales y transformación del sistema constitucional”, Teoría y Realidad constitucional, UNED, R. Areces ed., nº 20, 2º semestre de 2007, págs. 495 y sigs.

constitucionales a la realidad social sin necesidad de modificar la Constitución, dentro, como es lógico, de los límites impuestos por la realidad normativa de ésta, es decir, sin contrariar su clara y consolidada interpretación. Como paradigma de este tipo de interpretación, referido al derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE), puede citarse la STC 198/2012, de 6 de noviembre, que declaró la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1º de julio, de modificación del Código Civil para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Dentro, incluso, de la interpretación sistemática podría comprenderse la necesidad para el intérprete de tener en cuenta las relaciones existentes entre las distintas y múltiples fuentes normativas que, con la Constitución en primer lugar, integran el Ordenamiento jurídico, interconexión la expresada que, a su vez, es resultado de la interconexión y globalización de la propia sociedad.

C) El Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución.

Así lo define el art. 1º de su Ley Orgánica –Ley 2/1979, de 3 de octubre- y así se desprende implícitamente de su regulación en el Título IX de la Constitución –arts. 159 a 169, inclusive- cuando lo configura como un órgano constitucional independiente de los demás órganos constitucionales, con un “status” organizativo y competencial regulado en la propia Constitución²⁷, como un auténtico órgano jurisdiccional que desempeña una función material de esa naturaleza, aun cuando sus resoluciones aborden cuestiones de claro matiz político, pero que resuelve con estrictos criterios jurídico-constitucionales²⁸.

27. Vid, por todos, García Pelayo, M. “El status del Tribunal Constitucional” en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 1, 1981.

28. La STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7, a este respecto, declara: “que en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo.” Vid. Tomás y Valiente, F. “Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional. Acerca de la naturaleza material y sustantiva de la justicia constitucional”. Vid. también Pérez Tremps, P.

Es intérprete supremo de la Constitución, solamente sometido a ella y a su Ley Orgánica (art. 1º.1 LOTC), pero no el intérprete único de la misma. En cuanto están sometidos a la Constitución, según antes se ha visto al destacar el significado de su normatividad, todos los poderes públicos (art. 9º.1), es obvio que todos han de realizar en su actuación una labor interpretativa del texto constitucional. Incluso el poder legislativo, en el ámbito de su producción normativa, ha de realizar una interpretación de la Constitución para desarrollar aquella de acuerdo con ésta. Lo que no puede hacer es, suplantando al Tribunal Constitucional, dictar leyes con función exclusivamente interpretativa y vinculante de la Constitución (STC 76/1983, de 5 de agosto, LOAPA), ya que, si así lo hiciera, ello supondría que <<el legislador se coloca indebidamente en el lugar que corresponde al poder constituyente y al Tribunal Constitucional>> (F.J. 7º). Los jueces ordinarios, por otra parte, están particularmente preocupados a la hora de realizar una interpretación constitucional, hasta el punto de poder ser calificados también de jueces de la Constitución y no sólo porque pueden –y deben– plantear la cuestión de inconstitucionalidad cuando consideren, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución (art. 163 CE, 35 LOTC y 5.2 LOPJ), sino porque, dada la naturaleza normativa de ésta y como se ha ya anticipado, pueden considerar derogadas por la Constitución las normas con rango de Ley (Disposición derogatoria) preconstitucionales y porque, por considerar las de rango inferior contrarias a la Constitución, han de inaplicar los reglamentos (art. 6 LOPJ) o incluso, si se trata de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, [(arts. 1º 1, 25.1, 26, 27, 70.2, 71.1.a) y concordantes LJCA)], anularlos si se opusieran a la Constitución o, en general, si no fueran conformes a Derecho. Todo ello aparte de que la tutela de los derechos fundamentales se confía por la Constitución, preferentemente, a la jurisdicción ordinaria y subsidiariamente, esto es, cuando aquella no hubiere otorgado con caracteres de plenitud esa tutela, al Tribunal Constitucional, en los términos del art. 53.2 CE y en los de los arts. 43 y 44 LOTC, en cuanto exigen estos el agotamiento de la vía judicial precedente para tramitar el recurso de amparo.

“Escritos sobre justicia constitucional”, Ed. Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005.

Sobre el Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, vid. también Pérez Tremps, P. “Sistema de Justicia Constitucional”, Civitas-Thomson Reuters, 2010, págs. 22 y sigs.

Por eso, ha podido llamarse acertadamente a los jueces ordinarios <<jueces naturales>> respecto de la tutela de los derechos fundamentales²⁹. Y todo ello, además, de que el propio art. 5º 1 LOPJ impone a los jueces y Tribunales la interpretación y aplicación de las leyes y los reglamentos “según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional en toda clase de procesos”.

Por último, es necesario tener presente, a efectos de esta consideración del Tribunal Constitucional como “supremo intérprete de la Constitución” y de su supremacía e independencia en esta tarea, que le corresponde en exclusiva la delimitación del ámbito de su jurisdicción, hasta el punto de poder adoptar “cuantas medidas sean necesarias para preservarla”, con inclusión de “la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben” y sin que sus resoluciones puedan ser “enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado” (art. 4º.1 y 2 LOTC, reformado por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo).

IV.- Las llamadas “Constitución económica” e “interpretación económica de la Constitución”.

El significado de la conocida como “Constitución económica”.

Por Constitución económica se entiende doctrinalmente el marco jurídico que en la Constitución delimita la estructura y funcionamiento de la actividad económica, que, en definitiva, ha de servir de criterio rector de la acción que puedan desarrollar los operadores económicos. Más brevemente podría definirse como el conjunto de preceptos de la Constitución que delimitan los parámetros en que puede llevarse a cabo la intervención pública en la economía³⁰.

29. Vid. Al respecto, López Guerra, L. “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional” ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1997. También Pérez Tremps, P., “Sistema de justicia constitucional”, cit. págs. 151 y sigs. y 159 y sigs. sobre la labor del TC en la llamada “constitucionalización” del ordenamiento. Igualmente, Medina Guerrero, M. “Comentario al art. 1º LOTC”, en la obra colectiva “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, coordinada por Requejo Pagés, J.L., ed. Tribunal Constitucional – BOE, Madrid, 2001, esp. págs. 77 y sigs.

30. En este sentido Rodríguez Coarasa, C. “El Estado social: alcance, significado y manifestaciones”, en la obra colectiva “El modelo Social en la Constitución española de 1978” Ministerio de Trabajo y Asuntos

Por su parte, el Tribunal Constitucional considera como tal las “normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica ... marco [que] implica la existencia de unos principios básicos que han de aplicarse con carácter unitario” (STC 1/1982, de 28 de enero, F.J. 1º, entre muchas más).

En el contenido de esa pretendida Constitución suelen incluirse el derecho a la propiedad privada (art. 33), la libertad de empresa (art. 38), los preceptos del Título VII relativos a la Economía y Hacienda (arts. 128 a 135, inclusive) y los derechos sociales de contenido económico recogidos en el capítulo III del Título I. Ciertamente podrían integrarse también, desde una perspectiva más amplia, otros preceptos representativos de valores, de principios, de derechos, de habilitaciones o de mandatos finalistas que están comprendidos en los preceptos acabados de citar o que guardan relación con los mismos. Realmente no hay, pues, una “Constitución Económica” como un todo articulado, sino una serie de preceptos susceptibles de repercutir en la actuación de los poderes públicos, como se ha dicho. Ciertamente vienen a coincidir con los que definen el Estado Social de Derecho que proclama la Constitución (art. 1º.1) y que, por sí solos y aunque no existiera ese explícito reconocimiento, la configurarían igualmente, como son en especial los valores, principios y mandatos de los arts. 9.2, 33.2, la mayoría de los contenidos en el precitado capítulo III del Título I y los recogidos en los arts. 128, 129, 130 y 131³¹.

Lo que importa resaltar ahora, respecto de este conjunto de preceptos que conforman el ámbito normativo constitucional en el que puede desarrollarse la intervención pública en la economía, es que la Constitución no ha establecido un modelo o sistema económico acabado y completo que sea susceptible de funcionar como parámetro de constitucionalidad de la referida intervención. En este sentido, y no en otro, es en el que cabe hablar de neutralidad económica de la Constitución, o, lo que es lo mismo, que dentro de ella pueden encontrar acogida opciones políticas diversas, determinadas por el pluralismo

Sociales, Madrid, 2003, págs. 1281 y sigs., y Albertí Rovira, Enoch, en “Criterios constitucionales de la intervención pública en la economía”, en la “La Constitución económica” Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2012, pág. 77 y sigs.

31. Vid. Aragón Reyes, M. “Libertades económicas y Estado Social” Mc. Graw-Hill, Madrid, 1995.

político, que es característica esencial del Estado democrático de Derecho, también asumido por la Constitución. Pero sin que ello pueda significar que en la Constitución encuentre cabida cualquier modelo económico. La Constitución, como después veremos, establece la compatibilidad del principio de “libertad de empresa en el marco de una economía de mercado” (art. 38) con los condicionamientos que inmediatamente establece en virtud de una pluralidad de principios, mandatos, habilitaciones a los poderes públicos y configuración de auténticos derechos (vgr. Los contenidos en los arts. 9.2, 33.2, en los principios rectores del antes citado cap. III del título I y en los preceptos, igualmente ya destacados, del Tít. VII, de Economía y Hacienda), determinantes de la constitucionalidad de intervenciones públicas en la actividad económica para la salvaguarda del contenido mínimo del Estado Social de Derecho que aquella –la Constitución- consagra y al que en parte se ha hecho ya específica referencia. En este reconocimiento ha de decirse que la Constitución no ha sido asépticamente neutral. Mantener a ultranza la absoluta neutralidad de la Constitución en este concreto aspecto significaría tanto como convertirla en un conjunto de principios o aspiraciones abstractos y teóricos y, consecuentemente, privarla de fuerza normativa.

B) La interpretación económica de la Constitución.

Una de las consecuencias de la crisis, aparentemente doctrinal pero con una trascendencia práctica indudable, ha sido, sin duda, la creciente interpretación económica de la Constitución, que se dirige primordialmente al debilitamiento del Estado social y que incluso repercute negativamente en la democracia pluralista y en el carácter normativo del propio texto fundamental.

La que ahora llamamos “interpretación económica de la Constitución” no se confunde con lo que acabamos de mencionar “Constitución económica”, ni con la incidencia del principio de economía en el gasto público, incluido lógicamente el social (art. 31.2), sino que traspasa estas puntuales consideraciones para adentrarse en una vertebración no sólo de todo el orden social que la Constitución reconoce, ordena y salvaguarda, sino de la Constitución misma en toda su integridad. La Constitución económica es, volvemos a repetir, el ámbito o, si se quiere, conjunto normativo que rige la intervención pública en la actividad económica y que, dentro de los explícitos límites que la propia Norma Fundamental establece, está abierto a cualquier opción política que resulte de los procesos electorales. La interpretación económica de la Constitu-

ción no se limita a considerar el factor económico como un elemento más en la disciplina del orden social y resolución de sus conflictos, al lado o en unión, conforme se anticipó, del conjunto de principios, reglas, mandatos o derechos expresamente reconocidos en su texto, sino que se erige en canon o parámetro de interpretación, e incluso de habilitación, de todo ese conjunto normativo, incluidos principios y derechos, pero ni siquiera en canon obediente a una plural, políticamente hablando, orientación económica, sino en único criterio determinante de la viabilidad de aquel conjunto y de acuerdo, además, con una predeterminada concepción de la economía que, puede adelantarse, se muestra alejada de la protección de derechos económicos y sociales característicos del Estado Social de Derecho, que serían sólo interpretados desde la perspectiva de la necesidad de limitar el gasto³².

Esta pretensión de interpretación económica de la Constitución, en el sentido y con la significación acabados de exponer, ha llegado a reflejarse —o, por lo menos, podría dar lugar a entenderlo así— en la reciente reforma del art. 135 de la Constitución, conforme se advirtió ya al examinar el principio de estabilidad presupuestaria y su influencia en el Estado Social. En efecto, conforme ya entonces se constató, la Exposición de Motivos que precede al acuerdo de reforma constitucional de 27 de septiembre de 2011, declara expresamente que la estabilidad presupuestaria adquiriría un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad y actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social y, en definitiva, de la prosperidad presente y futura de los ciudadanos, “un valor, pues, que justifica su consagración constitucional, con efecto de limitar u orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos”.

No es, sin embargo, según ya se dijo, ésta la interpretación adecuada. El principio de estabilidad presupuestaria lo que proscribe es el gasto de las Administraciones públicas en términos de déficit estructural presupuestario superior a los márgenes que establezca la Unión Europea y concrete, para nosotros, una Ley orgánica, si se trata del Estado y las Comunidades Autónomas, o simplemente que traspase el equilibrio presupuestario si se contempla la actuación de las Entidades Locales. Pero en manera alguna condiciona el contenido del Estado social de forma específica ni, como después se verá, establece ninguna

32. Vid. Balaguer Callejón, F. “Una interpretación constitucional de la crisis económica”, ReDCE, nº 19, enero-junio de 2013.

prioridad o postergación en materia de gasto. Tanto en Derecho Comunitario Europeo, como en nuestra Constitución, quedan subsistentes los fines sociales que ha de perseguir la actuación de los Estados según los Tratados y los mandatos específicos, principios y derechos que las Constituciones reconocen.

La consecuencia de esta pretendida interpretación de la Constitución en exclusiva clave económica son claras: una devaluación de su normatividad, con la correlativa devaluación de la de sus principios, reglas o mandatos, e incluso una minorización del principio democrático, en cuanto permite que las decisiones se adopten por los poderes públicos con independencia de lo que los ciudadanos han manifestado en los procesos electorales. Son soluciones que se dan como únicas, insoslayables e incluso foráneas, en el sentido de que pueden estar desligadas de marcos normativos plenamente legales (vgr. la Unión Europea) y proceder de entidades privadas que, con apelación a la independencia que al parecer les otorga el mercado, pontifican y juzgan acerca de la solvencia económica de los Estados.

C) El valor normativo del reconocimiento constitucional de los derechos y principios económicos y sociales.

Anteriormente, al tratar de la llamada “Constitución Económica”, ya se admitía una concepción amplia de la misma que podía integrar valores, principios, mandatos y habilitaciones a los poderes públicos y derechos. Todos tienen valor normativo, sin duda, como lo tiene toda la Constitución, pero no en el mismo grado. Desde luego, la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho, que proclama en su mismo inicio la Constitución (art. 1º.1), lo tiene, incluso con un contenido esencial que es imposible desconocer, porque la Constitución no es un acopio de principios abstractos, sin contenido real, sino, como se ha dicho hasta la saciedad, un auténtico conjunto normativo que dota a dicha cláusula y a su vigencia, como perteneciente al Título Preliminar, de la salvaguarda máxima: sólo podría hacerse desaparecer por el procedimiento de revisión riguroso previsto en el art. 168 de la Constitución y sólo podría despojarse de su contenido esencial –porque lo tiene, como antes se vio– desconociendo el valor normativo de la Constitución y reduciéndola a un mero discurso teórico.

Los principios rectores de la política social y económica forman parte de un título –el I– de la Constitución que lleva por rúbrica “De los derechos y

deberes fundamentales”. Podría pensarse que todo su contenido tenía ese valor de derecho o deber “fundamental”. Inclusive en el capítulo I (“De los españoles y los extranjeros”), que no regula propiamente derechos, sino condiciones para su ejercicio, se reconocen auténticos derechos subjetivos, que son, por tanto, derechos constitucionales (vgr. el derecho de asilo para ciudadanos de otros países y apátridas, art. 13.4)³³. La Constitución distingue los derechos fundamentales no con un criterio material ni sistemático, sino en función de la protección que les asegura³⁴. Así, los derechos fundamentales y libertades públicas (rúbrica de la Sección 1ª del capítulo II), a más del principio de igualdad y la objeción de conciencia, tienen la máxima protección que la Constitución reconoce (art. 53.2, amparo ante la jurisdicción ordinaria y subsidiariamente ante la constitucional); los derechos y deberes de los ciudadanos (rúbrica de la Sección 2ª del mencionado capítulo) tienen como garantía expresa, y en unión de los consignados en la Sección anterior, la de vincular a todos los poderes públicos y la que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, se podrá regular su ejercicio (art. 53.1). Los llamados por el capítulo III “principios rectores de la política social y económica”, según el apartado 3 del mismo precepto, “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” y “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Aparte la incorrección que supone decir que estos principios sólo pueden ser invocados ante los Tribunales en los términos que establezcan las correspondientes leyes de desarrollo –invocados o alegados siempre podrán serlo, como cualesquiera otros preceptos constitucionales, vgr. a efectos interpretativos– lo que el precepto quiere señalar es que estos principios, por sí mismos, no generan derechos subjetivos actuables ante los Tribunales, sino que estos surgirán de acuerdo con lo que dispongan las leyes de desarrollo. Tampoco quiere esto decir que el valor de tales principios sólo sea programático o retórico. Lo impide su valor normativo susceptible de determinar, como ya se dijo, incluso la institucionalidad de una Ley. Piénsese en una Ley que suprimiera el mantenimiento, en régimen público, de la Seguridad Social. Sería claramente inconstitucional por oposición frontal al art. 41 de la Constitución.

33. Vid. Pérez Tremps, P. “Los derechos fundamentales”, en *Derecho Constitucional*, vol. I, cit, pág. 145.

34. Vid. Lucas Murillo de la Cueva, P. “El amparo judicial de los derechos fundamentales”, en la obra “La aplicación jurisdiccional de la Constitución”, edición a cargo de Gerardo Ruiz-Rico, CGPJ, Universidad de Jaén, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs.. 113 y sigs.

Por otra parte, estos principios, junto con los demás integrantes de lo que anteriormente denominábamos <<Constitución Económica>>, configuran el contenido del Estado Social de Derecho que proclama la Constitución y que en absoluto puede entenderse vacío, privado de efectividad o deferido a la discrecionalidad del legislador. En definitiva, si la normatividad de estos principios está fuera de toda duda y si la eficacia informadora que expresamente les reconoce el art. 53.3 afecta a la legislación positiva, a la práctica judicial y a la actuación de los poderes públicos, es claro que dichos principios trascienden claramente la consideración de normas programáticas y se constituyen en sustrato necesario para alumbrar auténticos derechos subjetivos ejercitables por los ciudadanos. La condición de que hayan de ser alegados de acuerdo con lo que dispongan las leyes de desarrollo no les priva de su condición de auténticos derechos (como tales los enuncia la propia Constitución en los arts. 43 –derecho a la protección de la salud–, 45 –derecho a un medio ambiente adecuado–, 47 –derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada–). Sería un verdadero absurdo que la Constitución considerara la educación como un derecho, fundamental en este caso como perteneciente a la sección 1ª del capítulo 2º, y no lo hiciera, ni siquiera para considerarlo derecho, respecto del derecho a la protección de la salud por estar éste ubicado en capítulo diferente³⁵. Además, la realidad de que no sólo estos principios rectores, sino los derechos fundamentales de prestación e incluso los derechos de libertad propiamente dichos (libertad personal, libertad ideológica, de expresión, de reunión, de asociación, etc.) se encuentran desarrollados legislativamente, conduce a la conclusión de que, aun cuando los derechos consignados en las Secciones 1ª y 2ª del tan repetido capítulo II del Tít. I podrían actuarse jurisdiccionalmente aunque no hubieran tenido intermediación legislativa, como la han recibido efectivamente, serán alegados ante la justicia junto con las leyes correspondientes, inclusive para impugnar su adecuación a la Constitución si estas leyes se separaran del contenido esencial que hace reconocible el derecho o desconocieran los específicos mandatos del texto constitucional que hicieran referencia al derecho fundamental de que se tratara, mediante la solicitud de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en el proceso ante la jurisdicción ordinaria en que estuviera ventilándose la pretensión del afectado –solicitud que no podría recibir una respuesta judicial inmotivada o incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, porque entonces supondría el desconocimiento del derecho

35 Vid. Molina Navarrete, C. “Protección y eficacia de los derechos socio-laborales: balance y perspectivas del sistema constitucional de garantías”, en “El modelo social en la Constitución española de 1978”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs.. 1167 y sigs.

fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)- o en virtud de la inaplicación de la norma de desarrollo si tuviera rango inferior a la Ley (art. 6 LOPJ) o incluso de su impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en tal caso (art. 1º de la Ley de esta jurisdicción [(SSTC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 15 a); 35/2002, de 14 de febrero, FJ 3; 173/2002, de 9 de octubre, FJ 8 y 58/2004, de 19 de abril, FFJJ 8 y 11]).

Prácticamente lo mismo cabría decir de los derechos desarrollados legislativamente desde esos, a su vez, “derechos” reconocidos en el capítulo III, o desde los principios y mandatos al legislador que en él se contienen. Sostener que su actuación ante la jurisdicción supondría la aceptación inconvencional de los términos en que el legislador ordinario los hubiera configurado, significaría negar normatividad a los “derechos”, principios y mandatos de que dimanaran las leyes de desarrollo y, consiguientemente, impedir que pudiera aducirse, en defensa del derecho así configurado legalmente, contradicción de las indicadas leyes con la Constitución. Algo que no tendría otro entendimiento que, en contra de cuanto se lleva razonado, admitir que tales principios eran pura retórica programática.

Pero es que hay más. Aparte de que tanto la jurisprudencia ordinaria como la constitucional han declarado que los preceptos integrados en el capítulo III del Tít. I de la Constitución, con independencia de su formulación más o menos abierta, “enuncian proposiciones vinculantes en los términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 de la Constitución” (STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 11, y SSTS de 25 de abril de 1989 (RJ 1989/3233) y de 18 de febrero de 2002 (RJ 2002/4826), es posible articular la existencia de verdaderos derechos subjetivos derivados de los específicamente llamados “derechos” en el mencionado capítulo –antes ya se hizo referencia a ellos- y de los principios y mandatos que el mismo establece, si se parte de que existen obligaciones jurídicas de medios y obligaciones jurídicas de resultado. Ambas pueden sustentar un derecho subjetivo por cuanto pueden determinar la presencia de un obligado a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cuando la Constitución reconoce el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47), o el derecho a la protección a la salud (art. 43), parece claro que no se está refiriendo al derecho a tener en propiedad una vivienda en concreto o al de estar sano en cualquier circunstancia. Estos derechos, pues, no comprenden obligaciones de resultado, sino de actividad o, lo que es lo mismo, de arbitrar los medios para, en el primer caso, establecer las condiciones necesarias y las normas pertinentes que lo hagan efectivo, “regulando la utiliza-

ción del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación” (art. 47) y, en el segundo, para “organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” (art.43.2 CE)³⁶.

V.- El reconocimiento de los derechos económicos y sociales en la Constitución.

A) Derechos económicos.

Ya se ha destacado con anterioridad que los derechos económicos y sociales que la Constitución reconoce explícitamente están recogidos, o son consecuencia, “topográficamente” hablando, en –o de- los títulos dedicados a la Economía y Hacienda –el VII- y a los derechos y deberes fundamentales (Tít. I) y, dentro de éste, específicamente, a los que, con esa naturaleza por su configuración –no por expresa denominación del texto constitucional, que no existe- de derechos económicos y sociales, se recogen en los capítulos II y III, esto es, como derechos fundamentales propiamente dichos (los de la Sección 1ª del primero de ellos), como derechos constitucionales (los de la segunda, si es que estos derechos, por no tener reconocida la protección reforzada del art. 53.2, no merecieran la consideración de fundamentales, lo que es secundario por ser esta una cuestión puramente nominal) o como derechos derivados de los principios rectores de política social y económica (los del capítulo III del mismo Título).

Sin ánimo de ser reiterativo, y no obstante lo ya avanzado con anterioridad, considero conveniente referirme nominativamente a cada uno de ellos y a su naturaleza, más que nada para mostrar el rico contenido que ofrece el Estado Social y Democrático de Derecho consagrado por la Constitución y muchas veces, consciente o inconscientemente, degradado en algunas interpretaciones.

Ya se ha dicho que los preceptos que configuran la inexistencia de un modelo económico determinado con arreglo al cual pudiera deducirse la constitucionalidad de la intervención de los poderes públicos en la economía, son los recogidos en el art. 38 cuando en él se reconoce “la libertad de empresa en

36. Vid. al respecto, Ponce Solé, J. “El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social”, Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, Madrid, 2013, págs. 32 y sigs. I Premio Internacional de Investigación Jurídica Lorenzo Martín-Retortillo Baquer sobre Derechos Fundamentales.

el marco de la economía de mercado”, en relación con el derecho a la propiedad privada y a la herencia (art. 33), ambos preceptos, por su situación en la Constitución, con la naturaleza de derecho constitucional o, si se quiere, en la consideración nominativa amplia antes apuntada, de derecho fundamental. Íntimamente relacionados con ellos están los mandatos a los poderes públicos de garantizar y proteger el ejercicio de esa libertad de empresa y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación (arts. 38 y 131.1), y el principio de que los derechos a la propiedad y a la herencia tienen una función social delimitadora de su contenido que habrá de ser determinada por las leyes (art. 33.3) a más del mandato relativo a la promoción de las formas de participación en la empresa del fomento de sociedades cooperativas y de establecimiento de los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (art. 129.2), que recibieron reconocimiento legislativo en las Leyes 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, y en la 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales. No puede entrarse aquí en el estudio de estos derechos, principios y mandatos, como tampoco en el de los demás preceptos configuradores de derechos económicos y sociales, porque haría interminable este estudio. Pero no importa resaltar que la alusión a la “economía de mercado” como marco de la libertad de empresa lleva consigo la admisión, como legítimas, de actuaciones en defensa de la competencia, que se constituyen así en mecanismos de protección de la mencionada libertad (STC 88/1986, de 1º de julio, FJ 4º). A los mismos criterios responde la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y su desarrollo reglamentario (R.D. 261/2008, de 22 de febrero).

Por otra parte, y sin perjuicio de reconocer esta libertad como institución central del orden económico, en la que ha de destacar su aspecto objetivo más que el de derecho subjetivo por más que de este no pueda prescindirse si se quiere amparar concretamente a las personas que individualmente pueden beneficiarse de ella³⁷, la libertad de empresa encuentra sus condicionamientos no sólo en “las exigencias de la economía general, sino igualmente en las derivadas, en su caso, de la planificación (art. 38, in fine) y también, por supuesto, en

37. Vid, al respecto, toda esta problemática en Rubio Llorente, F. “La libertad de empresa en la Constitución” en la obra colectiva “La reforma del mercado de trabajo” (dir. E. Borrajo), Actualidad Editorial, Madrid, 1993, págs. 25 y sigs. También Aragón Reyes, M. “Libertades económicas y Estado Social”, cit., pág. 12 y sigs. Vid. igualmente Pérez de los Cobos Orihuel, F., “Descentralización productiva y libertad de empresa”, en la obra colectiva por él dirigida “Libertad de empresa y relaciones laborales en España”, Instituto de Estudios Económicos, 2005, págs. 181 y sigs.

las que dimanen del principio de subordinación de la riqueza, en sus distintas formas, al interés general y del reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica, reconocimiento este que viene a significar una importante excepción al principio de subsidiariedad, con arreglo al que la creación de una empresa por las Administraciones Públicas habría de entenderse subordinada a que no existiera iniciativa privada para hacerlo.

También debe hacerse constar la inexistencia en nuestro Ordenamiento de una Ley que regulara, con criterios de generalidad, la intervención económica que el precepto constitucional habilita a promulgar. Sí hay, en cambio, normas que se refieren a intervenciones concretas (vgr. las Leyes 26/1988, de 29 de junio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, o la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, a más de la previsión existente en el art. 119 de la Ley de Expropiación Forzosa (Ley de 16 de diciembre de 1954), todavía vigente, en orden a las indemnizaciones procedentes en caso de “intervención de una empresa mercantil que por cualquier causa hubiere cesado en el trabajo o que por sanción administrativa hubiese sido temporalmente clausurada” (art. 119).

No se desconocen, desde luego, las restricciones a este condicionamiento de la libertad de empresa y economía de mercado, derivadas del Derecho Comunitario Europeo y, por ende, de su efecto directo y preferencia sobre el Derecho interno vía art. 93 de la Constitución, ni tampoco el fortalecimiento de la referida libertad que se debe a los Tratados de la Unión europea y de Funcionamiento de la Unión Europea. Pero, como ya se dijo al estudiar las tendencias liberalizadoras de la economía y la permanencia del Estado Social en el marco constitucional y comunitario, tales instrumentos normativos no sólo no excluyen, sino que afirman, el contenido del Estado Social de Derecho. Puede añadirse, inclusive, a lo allí expuesto que el art. 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no saca el sector público de los Estados, con el tamaño, la composición y la naturaleza que cada uno de estos le reconozca; y aunque establece normas muy estrictas de prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia y de las relativas a la explotación abusiva de la posición dominante (arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento), deja fuera del concepto de empresa pública las actividades que impliquen ejercicio de autoridad pública y sólo somete al régimen de aquella –de la competencia, se entiende– las actividades que se desarrollen en el ámbito del mercado, excluyendo, además, de la aplicación de las reglas del régimen competencial a “las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general”

en la medida en que las referidas reglas “impidan, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”.

B) Los derechos reaccionales derivados del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

No suelen incluirse, dentro de los derechos de contenido económico, los derechos derivados del deber de <<todos>> de contribuir “al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio” (art. 31.1 de la Constitución). Pero no cabe duda de que los mencionados derechos reaccionales encuentran su base en los principios constitucionales del Derecho financiero que se recogen en este importante precepto. El ciudadano y demás sujetos jurídicos tendrán, pues, el derecho a que su obligada contribución al sostenimiento de los gastos públicos se lleve a cabo, efectivamente, teniendo en cuenta su capacidad económica y respetando los principios que el precepto constitucional acabado de leer explicita.

La significación y el estudio de cada uno de estos principios no puede abordarse en este trabajo, en cuanto constituyen un extenso apartado de cualquier Parte General de un Tratado o Curso de Derecho Financiero y Tributario. Pero sí importa destacar la conexión que los mismos tienen con los derechos, principios, mandatos y habilitaciones que la Constitución reconoce y ordena en materia de política económica, porque el sistema tributario se mueve, cada vez más, en un contexto económico que obliga al Estado a utilizar el tributo como medio de política económica y requisito indispensable en el cumplimiento y logro de los fines de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho que la Constitución le impone. De ahí la importancia que la justicia, la dignidad de la persona, la obligación de aseguramiento por los poderes públicos de la protección de la familia –y también los principios de generalidad, igualdad y capacidad económica- pueden tener a la hora de configurar y modular los derechos sociales reconocidos en la Constitución en relación con el referido deber de contribución al sostenimiento de los gastos públicos. La jurisprudencia constitucional así lo ha reconocido. Sirva como ejemplo la STC 19/2012, de 15 de Febrero, que declaró inconstitucional la atribución exclusiva a los progenitores que viven con sus descendientes del derecho a la reducción, en el IRPF, por gastos de mantenimiento de los mismos y no a todos los progenitores que prestan asistencia económica a sus hijos sin convivir con ellos. Interesa repro-

ducir el contenido de su F.J. 4 por las consideraciones que hace el TC acerca del derecho social derivado que supuso el reconocimiento del “mínimo no gravable de subsistencia”:

“El mínimo vital de subsistencia no sometido a tributación no sólo es, como acabamos de señalar, un elemento inescindible del principio de capacidad económica especialmente relevante en tributos que, como el impuesto sobre la renta, afectan a la renta, afectan a la renta integral de los sujetos, sino que es fruto de la justicia que, como valor del Estado social y democrático, reclama el art. 1.1 CE y, como exigencia del sistema tributario, impone el art. 31.1 CE, en conexión directa con la garantía de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y con la obligación de aseguramiento por los poderes públicos de la protección de la familia (art. 39.1 CE). No podría calificarse de justo un Estado que se denominara como “social y democrático de Derecho” si privase a sus ciudadanos, a través de su sistema tributario, de la renta mínima de supervivencia, so pretexto del deber de contribuir a los gastos generales, pues con ello no sólo perdería su legitimidad política y democrática sino que atentaría a la esencia misma de la dignidad humana”.

“Hemos afirmado, a este respecto, que el respeto a la dignidad humana se ha configurado por nuestro texto constitucional como el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social al cual repugna “que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales, así como, en la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna y adecuada, valores éstos que, unidos a las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad que debe garantizar el régimen público de Seguridad social, están constitucionalmente consagrados en los arts. 39, 41, 43 y 47 de la Constitución y obligan a los poderes públicos, no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales, a cuyo fin resulta razonable

y congruente crear una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna” (STC 113/1989, de 22 de junio, FJ 3). Con base en esta doctrina debemos afirmar ahora que la exigencia constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos no legitima a los poderes públicos, garantes de la dignidad de la persona y de la protección de la familia, a someter a tributación la renta de las personas desde su primera unidad económica, sino sólo a partir de un mínimo vital de subsistencia, inmune a su acción, que les permita satisfacer sus necesidades más básicas en garantía de una existencia digna”.

“Dicho lo anterior, es necesario señalar a renglón seguido que la forma de garantizar ese mínimo vital no sometido a tributación queda a la libre elección del legislador, tanto en relación con el o los tributos en que se establezca como en cuanto a la técnica utilizada, ya que puede optar entre operar en la base imponible (por ejemplo, a través de exenciones, deducciones o reducciones), en la cuota tributaria (por ejemplo, mediante deducciones o bonificaciones), en la tarifa (por ejemplo, estableciendo un tipo cero para un primer tramo de renta), o en todas ellas”.

“En suma, la decisión de no someter a gravamen un mínimo vital para quienes quedan de forma genérica obligados a contribuir por el impuesto sobre la renta mediante la aplicación de una reducción en la base imponible es una opción legislativa que, en tanto dirigida a la consecución de las finalidades descritas, no puede calificarse de contraria al texto constitucional. Y no desmerece esta conclusión el hecho de que dicho mínimo vital de subsistencia se garantice a todas las personas por igual, con independencia de su nivel de renta, pues de los preceptos constitucionales analizados se deduce, como garantía básica, la necesidad de un mínimo protegido de la acción de los poderes públicos, pero no la forma en que debe articularse dicha protección, lo que supone que pudiendo ser válida la opción de condicionar la aplicación de ese mínimo hasta un determinado umbral de renta, igual de válida es la opción contraria, esto es, la de garantizar aquel mínimo vital de subsistencia libre de gravamen para todos los obligados al sostenimiento de los gastos públicos”.

Las mismas consideraciones cabe hacer respecto de la importancia de los principios de generalidad, igualdad y capacidad económica en el logro del cumplimiento de las finalidades perseguidas en los arts. 40, 42, 44, 45 y 46 de la Constitución a la hora de articular la concesión de beneficios fiscales³⁸.

El principio de reserva de Ley en materia tributaria exige valorar la viabilidad constitucional del Decreto-Ley, tan frecuentemente utilizado en situaciones de crisis económica, según afecte o no a los elementos esenciales del tributo y en función de los requisitos y estrictos límites que para esa figura normativa de excepción establece el art. 86 de la Constitución –tema que se tratará después-, o el dualismo y las limitaciones de la jurisprudencia constitucional en la apreciación del principio de igualdad en su aplicación tributaria, más dirigidas a limitar el acceso al recurso de amparo que a articular el encaje de las dos referencias a este principio contenidas en los arts. 14 y 31 de la Norma Fundamental.

C) Los derechos sociales fundamentales y constitucionales y los principios rectores de la justicia social y económica.

a') Derechos sociales fundamentales y constitucionales.

Ya se ha examinado con anterioridad el valor normativo de tales derechos y principios. Corresponde ahora puntualizar el concepto y configuración con que lo hace la Constitución.

38. Vid, sobre la problemática de los principios constitucionales del Derecho financiero, Martín Queralt, J. “Curso de Derecho Financiero y Tributario”, con Lozano Serrano, C., Tejerizo López, J.M. y Casado Ollero, G., Tecnos, 24ª ed., Madrid, 2013, págs. 97 y sigs., incluido el Prólogo a la vigésima cuarta edición de la misma obra, págs. 21 y sigs. Igualmente Martín Queralt, J. “La Constitución española y el Derecho Financiero”, Revista Hacienda Pública Española, nº 63, 1980. Vid, también Martín Queralt, J. “Recurso de amparo en materia tributaria (acotaciones al Auto del T.C. de 22 de febrero de 1993), en Palau, nº 13, págs. 129 y sigs. Igualmente, Casado Ollero, G., en “Deber de contribuir e Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en la jurisprudencia constitucional”, en la obra colectiva “Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, págs. 1638 y sigs. Con una amplitud que trasciende de su título, vid. asimismo Rodríguez Bereijo, A. “Igualdad tributaria y tutela constitucional. Un estudio de jurisprudencia”, Marcial Pons, Madrid, 2011. Igualmente Rodríguez Berijo, A. “Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española”, REDE, nº 100, 1998, págs. 595 y sigs.

En primer lugar y con carácter de derecho fundamental, esto es, de un derecho dotado de la máxima protección, se encuentran el derecho a la educación, reconocido para “todos” en el art. 27, y lo mismo el derecho de “todos” a la libre sindicación y el de los trabajadores a la huelga para la defensa de sus intereses (art. 28, aps. 1 y 2).

El primero de ellos incorpora, “junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el ap. 4 de este artículo 27”, estando “al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos ... los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el núm. 5 del mismo precepto, así como el mandato, en su ap. 9, de las correspondientes ayudas públicas a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca” (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ. 3). De aquí se deduce, en unión de la interpretación resultante de la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados relativos al derecho a la educación, que el contenido garantizado del derecho “en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se impongan constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad” (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ. 8)³⁹. Con arreglo a este contenido básico del derecho considerado habría de interpretarse y juzgarse la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para mejora de la calidad educativa, que ha introducido profundas modificaciones en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

El segundo –derecho a la libre sindicación y a la huelga– se ha de examinar con la debida separación, porque se trata, en efecto, de dos derechos diferentes. Así, el derecho a la libre sindicación presenta un doble contenido: la libre sindicación en su aspecto organizativo y un contenido adicional representado por la acción sindical. En este sentido se pronunció tempranamente el Tribunal Constitucional: “el derecho constitucional de libertad sindical com-

39. Vid. Embid Irujo, A. “El contenido del derecho a la educación” *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 31, 1981, págs. 654 y sigs.

prende 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 –y aquellos a los que la afiliación se haya hecho– realicen las funciones que de ellos es deber esperar ... Por ello, hay que entender que el derecho que reconoce el art. 28 CE es el derecho a que las organizaciones sindicales libremente creadas desempeñen el papel y las funciones que a los sindicatos de trabajadores reconoce el art. 7 CE, de manera que participen en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores” (SSTC 70/1982, de 29 de noviembre, 4/1983, de 28 de enero, y 9/ 1995, de 19 de junio, entre muchas más).

Ha de precisarse, sin embargo, que, al estar comprendidos la negociación y procedimientos de conflicto colectivo en el art. 37 CE (dentro, por tanto, de los derechos constitucionales no dotados de la protección máxima que reconoce el art. 53.2 CE y, en principio, no accesibles al recurso de amparo constitucional), ha sido necesario delimitar aquellas actuaciones sindicales que son propias de la función de defensa de los trabajadores de las que implican obligaciones a cargo de terceros, fundamentalmente empresarios, que necesitarían para su ejercicio del ajuste a los términos establecidos en el acto normativo que lo hubiere desarrollado (SSTC 80/2000, de 27 de marzo, y 222/2005, de 12 de septiembre, entre otras)⁴⁰.

En segundo término, y ya sin la naturaleza de derecho fundamental especialmente protegido pero sí con la de derecho constitucional incluido entre los derechos y deberes de los ciudadanos (rúbrica de la Sección 2ª del cap. II del Título I CE), con un contenido esencial que ha de ser respetado por el legislador al regular su ejercicio, la Constitución proclama el derecho y el deber de trabajar (art. 35) y lo hace reconociendo, como parte de su contenido, no sólo la libertad de trabajo –que se da por supuesta–, sino principalmente el derecho de todos, en situación de igualdad, a un puesto de trabajo, presupuestos la capacitación para desempeñarlo y demás requisitos profesionales, con el que poder vivir en condiciones de dignidad al haber de percibir una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, bajo condiciones de estabilidad en el empleo y con posibilidades efectivas de promoción por medio

40. Vid. Sala Franco, T. “La libertad sindical”, en “Los derechos fundamentales y libertades públicas” (II). Dirección Gral. Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1993, págs.. 883 y sigs. También Casas Baamonde, M.E. y Escudero Rodríguez, R. “Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 17, 1984, págs. 51 y sigs.

del trabajo. Es cierto que existe gran dificultad doctrinal para caracterizar el derecho al trabajo como un auténtico derecho subjetivo, pero lo que es indubitado es que es un derecho social de prestación que requiere de una clara acción estatal encaminada a la consecución del pleno empleo y a la puesta en marcha de los instrumentos legales necesarios para la creación y mantenimiento de los puestos de trabajo existentes, la fijación de salarios mínimos y la adopción de medidas tendentes a lograr una mejor formación para conseguir la efectividad del derecho a la promoción profesional que señala el texto constitucional⁴¹.

Las continuas modificaciones con que, más que modificado, se ha “zarandeado” al Estatuto de los Trabajadores que, en cumplimiento del art. 35.2 de la Constitución, aprobara inicialmente la Ley 8/1980, de 10 de marzo, y últimamente el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (Texto Refundido), ha puesto de relieve –como parece que es opinión general- que la necesidad prioritaria y apremiante de la economía española es crecer y crear empleo de calidad y que la apuesta por la investigación, la innovación y la aplicación de las tecnologías del conocimiento a los procesos productivos para ganar productividad y competitividad –incluida la de ámbito internacional- es fundamental a la hora de conseguir y garantizar un desarrollo económico sostenido. Como ha podido decirse con acierto⁴², la búsqueda de la productividad y competitividad en la reducción de derechos y costes del trabajo, y no en la calidad, no lleva a un crecimiento económico sano y a una competitividad reforzada, sino a un modelo productivo más expuesto a las crisis y a un mayor número de desempleados. El aludido “zarandeo” a que ha sido sometido el Estatuto de los Trabajadores desde su promulgación ha dado como resultado la inestabilidad crónica de la normativa sobre política de empleo, modalidades de contratación laboral o formación profesional e intermediación laboral. Basta para percatarse de ello, sobre todo últimamente, con aludir a las reformas de 2010 (Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de julio, que dio lugar a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo), de

41. Vid. Casas Baamonde, M.E., “Jurisprudencia Constitucional y relaciones laborales”, en “El modelo social en la Constitución española de 1978”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 1507 y sigs. Vid. igualmente Nogueira Guastavino, M. Comentario al art. 35 de la Constitución, en comentarios a la Constitución Española, directores M.E. Casas y M. Rodríguez-Piñero, Wolters-Kluwer, diciembre 2008, págs. 930 y sigs.

42. Casas Baamonde, M.E., Discurso de investidura como “doctora honoris causa” por la Universidad Carlos III de Madrid, 27 de enero de 2012.

2011 (Real Decreto-Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas y el Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto, de Medidas Urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo –la llamada contrarreforma- y de 2012 (la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral). Esta continua movilidad no muestra otra cosa que el reconocimiento sucesivo de su fracaso y de que la solución a los gravísimos problemas de desempleo que padecemos no podrá conseguirse con una legiferación desbocada, sino más sencillamente con el apoyo a la inversión, tan pronto se pueda y cuanto antes mejor, y consecuentemente a la necesidad empresarial de producir.

En tercer lugar, y también como el anterior con la naturaleza de derecho constitucional en la terminología que se ha adoptado, se encuentran el derecho de negociación colectiva laboral entre representantes de los trabajadores y empresarios y el de adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37 CE).

En este precepto se reconoce una doble garantía: el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos, al tiempo que contiene un mandato al legislador para instituir y concretar esas garantías, mandato éste que no priva de las garantías que el propio precepto constitucional contiene de eficacia inmediata (STC 58/1985, de 30 de abril, FJ 3). De ahí que goce también de amparo constitucional no sólo la negociación colectiva “general” regulada en el Estatuto de los Trabajadores, sino también la negociación de convenios de alcance o eficacia limitada (STC 121/2001, de 10 de abril, entre otras) que no pueden confundirse con los pactos individuales o decisiones unilaterales del empresario que pretendan la sustitución del régimen previsto en la norma colectiva (STC 238/2005, de 26 de septiembre, FJ 7). Por lo demás, ha de destacarse que la negociación colectiva llevada a cabo por los Sindicatos, se inscribe en el marco de la libertad sindical (art. 28 CE) y, como tal, goza de la protección especial que supone el amparo ordinario y el constitucional subsidiario (art. 53.2 CE)⁴³.

43. Vid. Valdés Dal-Re, F. “El modelo español de negociación colectiva”, en “El régimen jurídico de la negociación colectiva en España”, coordinada por Pérez de los Cobos, F. y Goerlich Peset, F., Tirant lo Blanch, Valencia 2006, págs. 43 y sigs.

Respecto del derecho de trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2) únicamente señalaré su autonomía respecto del derecho de huelga, configurada constitucionalmente, según se vio con anterioridad, como derecho fundamental autónomo del de adopción, por trabajadores y empresarios, de medidas de conflicto colectivo, que encierra la posibilidad, entre estas últimas, del cierre patronal (STC 11/1981, de 8 de abril, que enjuició la constitucionalidad del Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, única regulación hasta la fecha del derecho de huelga).

Aunque la huelga se encuentra unida al conflicto colectivo y pueda ser entendida como una medida derivada de ésta, su consideración como derecho fundamental impide que el cierre patronal pueda ser adoptado como reacción al derecho de huelga.

b') Principios de política social y económica: las posibilidades de su conexión con derechos fundamentales.

Ya se ha tratado con anterioridad cual es el valor normativo de estos principios y su función configuradora del Estado Social y Democrático de Derecho que la Constitución proclama.

Interesa ahora, para no incurrir en repeticiones, destacar su enunciado general en la Constitución y descubrir, en virtud de una interpretación sistemática de la misma, la conexión con propios derechos fundamentales y constitucionales, respecto de los cuales los principios mencionados significan un verdadero complemento.

Los principios de que se trata (importa ahora hacer puntual referencia a los mismos para que no pueda nunca olvidarse la contundencia de su enunciación) afectan a la protección social, económica y jurídica de la familia, protección de hijos y madres con independencia de su filiación y estado, protección de niños (art. 39), a la promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta personal y regional más equitativa, a más de la realización de una política orientada al pleno empleo, y para garantizar la formación y readaptación profesionales, seguridad e higiene en el trabajo, descanso, vacaciones periódicas retribuidas y promoción de centros adecuados (art. 40); al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones so-

ciales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo (art. 41); a los derechos económicos y sociales de los trabajadores en el extranjero (art. 42); al derecho a la protección de la salud (art. 43); al fomento de la educación sanitaria, la educación física y el deporte (art. 43.3; al acceso a la cultura, a la promoción de la investigación científica y técnica en beneficio del interés general (art. 44); al derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y utilización racional de los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y restaurar el medio ambiente (art. 45); a la conservación y enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46); del derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada (art. 47), con la obligación correlativa para los poderes públicos de promover las condiciones precisas y arbitrar las normas necesarias para hacer efectivo ese derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación; a políticas de fomento de participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural (art. 48); a la previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de disminuidos físicos; a la garantía de pensiones adecuadas y actualizadas para la tercera edad (art. 50) y a la defensa de consumidores y usuarios (art. 51). Estos principios del cap. III, conforme ya se ha repetido con anterioridad, “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” y “solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (53.3), con el valor normativo ya estudiado, que conduce de plano a rechazar totalmente su mero valor retórico o programático.

Y es que estos principios, en tanto que normas dirigidas especialmente al legislador, le vinculan positivamente a dictar las disposiciones legales que sean necesarias y adecuadas al logro del fin previsto por el precepto constitucional y, negativamente, en cuanto proscriben con claridad leyes de sentido contrario a sus propios términos. Respecto de la actuación de los poderes públicos, porque estos, como ha declarado el Tribunal Constitucional, “deben buscar los medios para que la realidad se acerque a los principios rectores” (STC 189/1987, de 24 de noviembre, FJ. 10). Y en cuanto a la práctica judicial, porque el desconocimiento, por una resolución judicial, dictada en aplicación de las leyes de desarrollo, de los bienes o valores constitucionalmente relevantes que los mismos representan, haría incurrir a la resolución judicial en falta de justificación razonable y falta de justificación en Derecho, con la consecuencia de una clara vulneración del art. 24 CE (SSTC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8, y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 7º, entre otras).

El legislador ha dictado leyes en desarrollo de estos principios rectores y ha hecho surgir así verdaderos derechos subjetivos, jurisdiccionalmente relevantes, que, como después se dirá, no pueden ser desconocidos ni postergados -en cuanto derechos subjetivos patrimonializados por sus específicos destinatarios- por disposiciones de limitación genérica y lineal que no reconozcan la necesidad constitucional de satisfacción prioritaria que en sí mismos representan.

No corresponde aquí realizar un análisis específico de los mandatos y principios contenidos en los preceptos constitucionales a que anteriormente acaba de hacerse referencia, pero sí ha de destacarse, además de que constituyen una clara delimitación del contenido de la cláusula del Estado Social de Derecho que la Constitución proclama y de su vigencia como tantas veces se ha repetido, que se encuentran interrelacionados entre sí y con derechos constitucionales e incluso fundamentales a que antes se hizo especial indicación. Así, las políticas de empleo dirigidas al impulso del progreso social y económico, a una distribución de la renta regional y personal más equitativa y a la consecución del pleno empleo (art. 40.1), se relacionan íntimamente con el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35), sólo que, así como en éste se contempla el aspecto individual, en el mandato del art. 41 se atiende a su dimensión colectiva (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8). Lo mismo ocurre con la formación y readaptación profesionales, la seguridad e higiene en el trabajo, limitación de la jornada laboral, vacaciones periódicas retribuidas y promoción de centros adecuados (art. 40.2), donde el aspecto relativo a la formación profesional reglada se encuentra formando parte del sistema educativo y en tal sentido relacionada con el derecho fundamental a la educación del art. 27 CE, sin desconocer que aquí se trata de la formación profesional ocupacional, relacionada, por tanto, con una actuación de los poderes públicos en relación con el trabajo o para el empleo.

Idéntica conclusión cabe mantener respecto de la limitación de la jornada laboral para asegurar el necesario descanso o las vacaciones retribuidas y sus connotaciones con la salud en el trabajo, con la formación integral, el acceso a la cultura, el disfrute de un medio ambiente adecuado, etc.⁴⁴. Así, también, el mandato de mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social

44. Vid. Matía Prim, I. "Comentario al art. 40 CE", en "Comentarios a la Constitución Española (dirs. M^a Emilia Casas y Miguel Rodríguez-Piñero), cits. Fundación Wolters-Kluwer España, Madrid, 2009, págs.. 1024 y sigs.

para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo, “que consagra en forma de garantía institucional un régimen público ‘cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales’, estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador ... que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar“ (STC 128/2009, de 1 de junio, FJ 4, y demás en ella citadas), guarda lógica relación con el también mandato a los poderes públicos de garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50 CE), de suerte que, en la interpretación de esta suficiencia, habrán de tenerse en cuenta los rasgos estructurales del sistema de pensiones que recoge el precitado art. 41. Igualmente, el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) encuentra su lógico complemento en el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 62/2007, de 27 de marzo, FJ 5, y 160/2007, de 2 de julio, FFJJ 2 y 4).

Si a todo ello se une la vinculación de los principios rectores con el art. 24.1 CE en cuanto, conforme antes se destacó, el desconocimiento de los mismos en la aplicación judicial de una ley de desarrollo puede conducir a una falta de fundamentación vulneradora del aludido derecho fundamental, la conclusión no puede ser otra que el reforzamiento de la protección constitucional de los derechos derivados de los tan repetidos principios rectores y, por ende, su efectividad a la hora de integrar y modular el contenido del Estado Social.

VI.- La crisis económica y el tema de la reversibilidad de las conquistas sociales.

A) Consideración general sobre la crisis.

La crisis económica, formalmente desatada en 2007 en los Estados Unidos y apreciada de la misma manera en Europa en 2008, como lo ha entendido la doctrina con práctica unanimidad⁴⁵, en-

45. Vid. Embid Irujo, A. “El Derecho público de la crisis económica” (VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, 11 y 12 de Febrero de 2011), en la obra colectiva “El Derecho Público de la Crisis Económica, Transparencia y Sector Público.

cuentra su origen en la acusada desregulación del sistema financiero a que se estuvo asistiendo en las últimas décadas, unida a una desmesurada crecida del sector de la construcción (“burbuja inmobiliaria” como gráficamente se la ha llamado), a su vez propiciada e impulsada por una desbordada expansión del crédito inmobiliario. Si a ello se une la titulización de los activos resultantes de esa difusión crediticia, practicada con independencia de la dudosa solvencia de muchos de los créditos concedidos, y su comercio instantáneo debido a las nuevas tecnologías, se comprenderá la rápida transmisión e internacionalización de los efectos de la crisis y las dificultades de su solución.

En España el inicio de la expansión acelerada del sector de la construcción puede concretarse en la Ley 6/1998, de 13 de Abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, que, en contra de la tradición y la normativa urbanística hasta entonces aplicable, declaró el suelo urbanizable como suelo residual en vez de considerar como tal el suelo rústico o no urbanizable. Con ello, lejos de producir el resultado de abaratar la vivienda ante la mayor oferta de suelo disponible, se desató una prolongada expectativa de precios al alza, alimentada por la especulación, que, al cesar bruscamente a partir de 2009, contribuyó a agrandar los efectos de la crisis, principalmente en materia de desempleo, con clara incidencia en el conjunto de la actividad económica, dadas las restricciones en el crédito que el rescate y saneamiento del sector financiero –fundamentalmente de las Cajas de Ahorro– habían determinado y también por la consiguiente pérdida de capacidad adquisitiva en el conjunto de la población. Todo ello unido al creciente endeudamiento no solo de la población, sino también de los Estados, que en algunos supera notablemente el 100 por 100 del Producto Interior Bruto (próximo a este límite se encuentra el endeudamiento del nuestro) y unido

Hacia un nuevo Derecho Administrativo”) coordinado por Avelino Blasco Esteve, INAP, Madrid, 2011, págs. 21 y sigs. También Embid Irujo, A. “La constitucionalización de la crisis económica”, en la obra colectiva “La Constitución Económica” Asociación de letrados del Tribunal Constitucional, CEP y C y TC, Madrid 2012. Vid. igualmente Martín Retortillo, L. “Crisis económica y transformación administrativa”, REDA, nº 153, enero-marzo 2012, págs. 89 y sigs; José Carlos Díez “El fin de la edad dorada de la economía mundial”, en la Revista “Política Exterior”, Marzo-Abril 2008, núm. 122, págs. 135 y sigs. El mismo, “Crisis de la deuda europea: ¿crisis de emergentes o sumergidos?” en “Papeles de Economía Española”, nº 130, 2011, págs. 150 y sigs. El mismo con Guido Zack, “La moneda única en el filo de la navaja”, en “Política Exterior”, número monográfico, Diciembre de 2012, págs. 164 y sigs. Vid igualmente Gay Montalvo, E. “Los derechos económicos y sociales de los ciudadanos ante la actual crisis económica desde una perspectiva constitucional”. Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras de Cataluña, leído en Barcelona el 23 de mayo de 2013.

asimismo a la correlativa necesidad de su amortización y de cumplimiento de las obligaciones de estabilidad presupuestaria derivadas de nuestra pertenencia a la Unión Europea –y, dentro de ella, a la Zona Euro- y de la modificación del artículo 135 CE, han conducido a importantes disminuciones y restricciones en el gasto social, que no pueden calificarse de provisionales o transitorias y que, por el contrario, presentan una indudable vocación de permanencia.

B) El problema de la reversibilidad de las conquistas sociales.

1.- Planteamiento general y doctrina constitucional.

El tema de la reversibilidad de las conquistas sociales, o si se quiere del Estado social, no es nuevo en la doctrina y ha estado permanentemente ligado a los avatares y denuncias de crisis del Estado Social a que al principio se hizo ya referencia. Pero las consecuencias y la permanencia de la grave crisis que estamos sufriendo lo han vuelto a poner en la primera línea de la actualidad.

En las controversias habidas durante las dos últimas décadas del pasado siglo, cabe destacar que la doctrina alemana había preponderantemente matenido no una irreversibilidad absoluta del Estado Social, sino una irreversibilidad del núcleo esencial de los derechos sociales una vez han sido configurados por el legislador ordinario y en la medida en que por éste se haya realizado la concreción.⁴⁶

Generalmente la doctrina ha referido la irreversibilidad de las conquistas sociales o al núcleo esencial de los derechos sociales, al igual que existe en los fundamentales, que vedaría la posibilidad de que el legislador, al desarrollar su tarea de configuración del derecho, pudiera, sin razón o fundamento suficiente, suprimirlo sin más, o al desconocimiento de prestaciones sociales acordadas legislativamente bajo la cobertura de derechos sociales reconocidos en la Cons-

46. Vid. Parejo Alonso, L. “El Estado Social Administrativo: Algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos” cit. págs. 224 y sigs. que cita como defensores de la teoría en España a L. López Guerra, “Las dimensiones del Estado Social de Derecho”, en la revista “Sistema, núms. 38-39 y págs. 171 y sigs. y más matizadamente a M. García Pelayo, en “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, Obras Completas, t.II, cit. págs. 1599 y sigs.

titución sin razón suficiente, o incluso con motivos incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad, discriminación o desproporción⁴⁷.

Por su parte la doctrina constitucional –la del Tribunal Constitucional, se entiende– no ha abordado directamente el problema, aunque si ha hecho pronunciamientos a propósito de situaciones concretas y en un sentido en cierto modo ambivalente, esto es, unas veces restrictivo de la tesis de la reversibilidad y otras permisivo, al menos aparentemente.

Así, en primer lugar, la STC 81/1982, de 21 de Diciembre, a propósito de un recurso de amparo en que se denunciaba una discriminación por razón de sexo entre el personal sanitario masculino y femenino en materia de turnos de trabajo y pago de horas extraordinarias en clínicas de la Seguridad Social y en que se discutía acerca de si lo procedente era privar a la mujer de la situación de privilegio en que se encontraba respecto del personal masculino o, por el contrario, elevar el nivel de este último para restablecer la igualdad de trato, se optó por esta segunda solución y se declaró que “dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los art. 9.2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas... [lo mismo que] ... la promoción a través del trabajo sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera, en el presente caso, no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional, sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores” (FJ 3).

En el mismo sentido, y en relación con la razonabilidad de la solución legislativa, en un caso en que se dilucidaba la incompatibilidad entre la percepción por los funcionarios de las pensiones con cargo a la Seguridad Social y la de haberes activos, el TC ha declarado que la existencia de esta doble percepción

47. Vid. Loperena Rota, D. “La irreversibilidad de los derechos sociales” Rev. Aranzadi doctrinal, nº 9, 2012, Vid. para las posiciones anteriormente expuestas, Carro Fernández-Valmayor J.L. “Derechos fundamentales socioeconómicos y prestaciones esenciales”, en “Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo”, vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, y Vaquer Caballería, M. en “Derechos Sociales, crisis económica y principio de igualdad”, cit. págs. 85 y sigs.

y su prohibición por la ley no suponía otra cosa que “corregir un tratamiento discriminatorio irregularmente producido, mediante una situación de hecho contraria a la normativa vigente. La situación de los funcionarios al respecto, al no aplicárseles tal prohibición, constituía una excepción a la regla general, sin que por ello pueda estimarse razonable la existencia, en tales circunstancias, de un derecho a confiar en el mantenimiento de esa situación de compatibilidad” (STC 65/1987, de 21 de Mayo, FJ 18). Idéntico criterio mantiene la STC 65/1990, de 5 de Abril, FFJJ 5 y 6.

En la STC 134/1987, de 21 de Julio, a propósito de unas cuestiones de inconstitucionalidad respecto de una disposición de la Ley de Presupuestos en que se establecía un límite máximo para las pensiones únicas o concurrentes de la Seguridad Social y se disponía la no actualización de las pensiones superiores a ese límite en el correspondiente ejercicio presupuestario (año 1984), se declaró que tales soluciones legislativas no vulneraban ningún derecho subjetivo a una pensión de cuantía determinada, puesto que cuando se habla del régimen de prestaciones de la Seguridad Social se alude a “un régimen legal que tiene como límites, entre otros, el respecto al principio de igualdad, la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la asistencia y a prestaciones sociales suficientes para situaciones de necesidad que la Constitución garantiza en su art. 41, situaciones estas que ... [en el caso de autos] ... no podrían alegarse, dada la cuantía de las pensiones afectadas ...”, sin que “los afiliados a la Seguridad Social ... ostent[en] un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, es decir, de las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa” (FJ 4). La misma Sentencia añade que de ninguno de estos preceptos –se refiere a los arts. 41 y 50 de la Constitución– puede deducirse “... que la Constitución obligue a que se mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual”, puesto que “el concepto de ‘pensión adecuada’ no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las 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. Lo mismo cabe decir de la garantía de actualización periódica, que no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones. Al fijar un límite a la precepción de nuevas pensiones o al negar la actualización durante un tiempo de las que superan ese límite el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación

de aquéllas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones” (FJ 5).

En las SSTC 37/1994, de 10 de Febrero, y 128/2009, de 1º de Junio, con ocasión, respectivamente, de cuestiones de inconstitucionalidad relativas a la obligación impuesta a los empresarios de satisfacer la prestación económica por incapacidad laboral transitoria en determinado período de la baja del trabajador, y a la imposibilidad de retornar a la percepción de subsidio de desempleo una vez perdido por percepción de rentas superiores a los máximos previstos legalmente aunque el nivel de rentas hubiera descendido con posterioridad por debajo del umbral establecido para el acceso a la prestación asistencial, aparte de sentar que las disposiciones legales que así lo habían establecido no suponían una “privatización” parcial del régimen público de Seguridad Social, ni un desconocimiento de la garantía institucional de ese régimen, declararon, recogiendo jurisprudencia anterior, que “la Constitución ha recogido y consagrado en su art. 41 la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, de tal suerte que la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como una “función del Estado”, rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal (SSTC 103/1983, de 22 de Noviembre, FJ 3; 65/1987, de 21 de Mayo, FJ 17, entre otras)” y que “el art. 41 CE 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. En otros términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público “cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo . . . , un núcleo o reducto indisponible por el legislador (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3º), de tal suerte que ha de ser preservado <<en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar>> (STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4; y 76/1988, de 26 de abril, FJ 4)”, pero que “salvada esta indisponible limitación, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador 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 aquel (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17, entre otras)” (FJ 3º de la STC 37/1994, y 4º de la STC 128/2009).

2.- Los límites a la reversibilidad de las conquistas sociales

De estas declaraciones el Tribunal Constitucional pudiera sacarse la conclusión de que los derechos sociales reconocidos en la Constitución quedaban sometidos a la discrecionalidad del legislador y no solo para configurarlos, sino también con fundamento en la imposibilidad de sufragar su coste y mantenimiento. Inclusive podría pensarse que como no aparecen establecidos constitucionalmente los límites mínimos de las prestaciones sociales, los señalados por las leyes de desarrollo y disposiciones reglamentarias correspondientes podrían ser revisados en sentido restrictivo o sometidos al requisito de su propia y autónoma sostenibilidad financiera. Es más: habiéndose constitucionalizado el principio de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE) en los términos ya analizados, alcanzado el límite del déficit o de la deuda, habría que reducir o limitar el derecho social de que se tratara sin ejercicio alguno de ponderación de este principio con el de derecho afectado⁴⁸.

No es esta, sin embargo, la conclusión correcta. En primer lugar, porque el Tribunal Constitucional ha afirmado la existencia de la irreversibilidad cuando ha podido vincular el aseguramiento del “status” adquirido con la garantía aplicable a derechos fundamentales propiamente dichos o con la necesidad, precisamente, de no primar posiciones económicas altas o por encima de las de perceptores normales de prestaciones de la Seguridad Social –y así resulta de los supuestos concretos en que, por ejemplo, fueron pronunciadas las SSTC, antes examinadas, 81/1982, 134/1987, 37/1994 y 128/2009-; y, en segundo término, porque existen claros límites derivados del Ordenamiento constitucional que una eventual o producida reversión social nunca podría traspasar.

Son estos límites, sintéticamente expuestos, los siguientes:

a) Límites derivados de la necesidad de un razonamiento o motivación “suficiente” de la restricción.

Conforme se destacó antes al examinar la STC 81/1982, de 21 de Diciembre, esa necesidad está vinculada, según el Alto Tribunal, al “carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige” y a “la obligación que al Estado imponen los arts. 9.2 y 35 de la Constitución de pro-

48. Vid. Vaquer Caballería, M. “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, cit. pág. 82 y Ponce Solé, J. “El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos” también cit. pág. 50 y sigs.

mover las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo”.

De esta declaración del TC se desprende ya la imposibilidad de considerar “motivación suficiente” para adoptar una restricción de un derecho social reconocido en la Constitución y, sobre todo, configurado en la legislación de desarrollo de acuerdo con los mandatos de progreso y optimización que aquella establece, la apelación genérica a situaciones de crisis o incluso a los principios de sostenibilidad económica y estabilidad presupuestaria también recogidos en el Texto Fundamental.

Restricciones lineales de derechos sociales ya configurados como derechos subjetivos, paralelas a otras restricciones presupuestarias en el gasto, no significarían otra cosa que desconocer la normatividad de la Constitución o degradar los derechos, mandatos o habilitaciones constitucionales a la condición de meras declaraciones programáticas. La sola existencia de un mandato constitucional dirigido a los poderes públicos para el aseguramiento y logro de las finalidades expresamente recogidas en los preceptos contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, significa claramente que la restricción de un derecho configurado a la luz de tales mandatos exigiría que el legislador razonara con la precisión suficiente que, previamente a la restricción del derecho social, ha restringido gastos no supeditados a “específicos” mandatos constitucionales. Ya se ha dicho que el respeto al expresamente constitucionalizado principio de equilibrio presupuestario (art. 135 CE), obliga a tenerlo en cuenta en primer lugar a la hora de programar el gasto público. Pero ni este principio, ni su complemento legislativo representado por la Ley Orgánica 2/2012, de 20 de Abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, han establecido prioridades en el gasto antepuestas a las que se derivan de mandatos constitucionales específicos. Cuando estos existen, las prioridades las establece la Constitución. En definitiva, los principios de estabilidad presupuestaria y su complementario de sostenibilidad financiera lo que proscriben es el despilfarro, verdadera antesala, como he tenido oportunidad de decir en varias ocasiones, de la corrupción cuando no la corrupción misma. El sacrificio de los derechos sociales no puede tener como único fundamento el ahorro, sino que éste –el ahorro– debe estar al servicio del mantenimiento de tales derechos. Como ha podido decirse con acierto, tenemos crisis, pero también Constitución.

Por lo demás, una reducción de derechos sociales o, peor aún, una supresión de los mismos después de su configuración legislativa sin efectuar un

cumplido razonamiento, haría incidir a la ley que así lo dispusiera en la arbitrariedad que veda el art. 9.3 de la Constitución.

Es cierto que este vicio de inconstitucionalidad no puede ser equiparado al que conduce a la ilegalidad de disposiciones administrativas, por la distinta situación en que se encuentra el legislador, respecto de la Constitución, y la propia del Gobierno o Autoridades inferiores, respecto de la ley, y la necesidad de respetar en aquél – en el legislador, se entiende– sus propias opciones políticas, de tal suerte que no sería pertinente, para constatar la incidencia de la ley en arbitrariedad, “un análisis a fondo de todas sus consecuencias” (STC 73/2000, de 14 de Marzo, FJ 4, por todas). Pero no lo es menos que las leyes no pueden establecer “límites irrazonables y carentes de toda justificación” (STC 181/2000, de 29 de Junio, FJ 17, a propósito de una limitación, en perjuicio de la víctima de accidente de circulación, en la indemnización a percibir que había establecido una modificación legislativa de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor), ni tampoco es menos cierto que la falta de justificación en las leyes de medidas regresivas conduce directamente a una devaluación del procedimiento legislativo y de los términos en que se concibe en el art. 88 CE ⁴⁹.

Pero hay más. La “razón suficiente” exige también que la medida regresiva sea proporcionada, esto es, que constituya un medio coherente para alcanzar el fin pretendido, que sea el que menos merme el derecho social afectado y que el beneficio que proceda de la restricción (el ahorro) supere los perjuicios que se deriven de ella. Y no solo eso, sino que exige también que se produzca la necesaria ponderación entre la medida y sus efectos y el derecho social conernido (juicio de ponderación). Si la medida se ampara en el hecho de haber sido alcanzados o superados los límites del déficit o de la deuda, podría pensarse en la imposibilidad de hacer juicio de ponderación alguno, por cuanto en esa situación lo que procedería es la aplicación de la regla nueva, establecida en el reformado artículo 135 de la Constitución, en virtud de la cual resultaría prohibido todo aumento del gasto público, criterio igualmente mantenido por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de Abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Pero entonces el juicio incluiría el examen de si se han arbitrado los medios alternativos para la consecución del principio de estabilidad sin el

49. Vid. sobre el tema Fernández Rodríguez, Tomás Ramón, “De la arbitrariedad del legislador”, Civitas, Madrid, 1998, págs. 122 y sigs.

sacrificio del derecho social, como puede ser el aumento de los recursos financieros mediante la reducción en otros gastos que no estuvieran comprendidos en mandatos constitucionales específicos, o el aumento de ingresos vía imposición fiscal. Téngase también en cuenta que tanto el art. 135.4 de la Constitución como el art. 11.3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria, permiten que, “excepcionalmente, el Estado y las Comunidades Autónomas [puedan] incurrir en déficit estructural en caso de catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control de las Administraciones Públicas y perjudiquen considerablemente su situación financiera o su sostenibilidad económica o social, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados” (art. 11.3 de la LOEPSF). Ni la Constitución ni la Ley acabada de citar concretan qué debe entenderse por “sostenibilidad social” a mantener como excepción al equilibrio presupuestario. Pero esta ausencia no puede eximir al Estado, o al resto de las Administraciones, de la necesidad de realizar los correspondientes juicios de proporcionalidad y ponderación donde se sopesen las posibles medidas restrictivas, tanto para determinar su magnitud y alcance como para hacer prevalecer, en cualquier circunstancia, el principio de estabilidad⁵⁰.

b) Límites derivados de la invulnerabilidad del contenido esencial de los derechos socioeconómicos reconocidos en la Constitución.

La existencia de un núcleo esencial en los derechos de esta naturaleza que la Constitución reconoce, singularmente de los incluidos en el capítulo III del Título I, ha sido un tema controvertido en la doctrina. No, desde luego, si se trata de derechos reconocidos constitucionalmente como derechos fundamentales (derecho a la educación, libertad sindical y derecho de huelga de los trabajadores, arts. 27 y 28 CE) o como derechos constitucionales (los de la Sección 2ª de los mismos capítulos y Título), puesto que el reconocimiento de un núcleo esencial, salvaguardado incluso frente al legislador, para estos derechos y libertades está expresamente establecido por el art. 53.1 de la Constitución, como ya se advirtió anteriormente.

Hay un argumento que parece suficiente para entender que estos derechos tienen un núcleo esencial: si se dejaran a la pura discrecionalidad del

50. Vid. Ponce Solé, “El derecho y la (ir)reversibilidad...” cit. págs. 135 y sigs. y Vaquer Caballería, M. “Derechos sociales ...” cit. págs. 82 y sigs.

legislador se desconocería la normatividad de la Constitución y su efectividad en una materia tan importante como el contenido del Estado Social que, como tantas veces se ha indicado, la Constitución proclama en la fórmula integradora que plasma su art. 1º. Ha podido decirse con razón que el núcleo mínimo de los derechos sociales encuentra considerable parecido con el que es indisponible, incluso para la ley, cuando se trata de derechos fundamentales o constitucionales⁵¹.

En esta línea de pensamiento, no puede caber duda de que el núcleo esencial de un derecho social ha de estar ligado necesariamente a la dignidad de la persona. La Constitución, en el primero de los artículos que dedica a los “derechos y deberes fundamentales (art. 10.1) así lo reconoce asociando a ella –a la persona- los derechos inviolables que le son inherentes”.

Sin perjuicio de reconocer la dificultad de dotar de un contenido jurídico-sustantivo el valor de la “dignidad humana”, es lo cierto, sin embargo, que la jurisprudencia constitucional lo ha relacionado con límites mínimos infranqueables, incluso para el legislador propiamente dicho, que estarían vinculados directamente a este valor⁵². Así, cuando en la STC 53/1985, de 11 de Abril, FJ 8, a propósito del recurso previo de inconstitucionalidad contra la despenalización parcial del aborto consentido, se hace alusión a que “junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de esta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y respeto que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”

51. Vid. Ponce Solé, J. “El derecho y la (ir) reversibilidad ...” 64 y sigs. Vid. también Carro Fernández-Valmayor, J.L. “Derechos fundamentales socioeconómicos y prestaciones esenciales” en el vol.I de Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo, El Justicia de Aragón, Zaragoza 2008, cit. págs. 377 y sigs.

52. Vid. sobre el tema Jiménez Campo, J. en el comentario al art. 10.1 de la Constitución, en la obra colectiva “Comentarios a la Constitución Española”, Fundación Wolters-Kluwer España, Madrid, 2009, cit. págs.. 181 y sigs.

y no solo eso, sino que, a continuación, añade que “ cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especialidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir...”. Así también cuando en la STC 120/1990, de 27 de Junio, a propósito del tema de la alimentación forzosa de reclusos en huelga de hambre, se refiere a la dignidad de la persona como “mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona” (FJ 4).

Pero no han sido solo estas declaraciones de reconocimiento del valor de la dignidad de la persona las que ha hecho el Tribunal Constitucional. También ha deducido de este principio la exigencia de suficiencia económica a efectos de limitar las posibilidades de embargo de bienes para no sacrificar el mínimo vital del deudor (STC 113/1989, de 22 de Junio, FJ 3) o para garantizar la percepción de indemnizaciones por accidente de tráfico, cuando la ya citada STC 181/2000, de 29 de Junio, en su FJ 9, habla de la necesidad de fijar “pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano”.

Pero quizá donde el Tribunal Constitucional ha advertido la existencia de un “mínimo vital de subsistencia” ha sido al tratar de los derechos reaccionales derivados del deber de contribución al sostenimiento de los gastos públicos en la STC 19/2012, de 15 de Febrero, FJ 4, mínimo que, como ya se vio “in extenso” en el apartado relativo a estos derechos derivados de art. 31.1 de la Constitución, “no solo es ... un elemento inescindible del principio de capacidad económica especialmente relevante en tributos que, como el impuesto sobre la renta, afectan a la renta integral de los sujetos, sino que es fruto de la justicia que, como valor del Estado Social y democrático, reclama el art. 1.1 CE y, como exigencia del sistema tributario, impone el art. 31.1 CE, en conexión directa con la garantía de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)”.

Pero es que, además, el núcleo esencial no solo es predicable de los derechos fundamentales y constitucionales, esto es, de aquellos a los que se refiere expresamente el art. 53.1 de la Constitución. Lo es también de los derechos económicos y sociales aunque no alcancen dicha categoría. En realidad lo es de

todos los derechos, sean de promoción de medios o de prestación de resultados, como antes se apuntó al estudiar la posibilidad de deducir verdaderos derechos subjetivos de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Constitución, bien por sí mismos, bien mediante la legislación de desarrollo.

La propia STC 11/1981, de 8 de Abril, que abordó tempranamente el problema de determinar la idea de “contenido esencial” recogida en el art. 53.1 CE, reconoce que se trata de un concepto referido “a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos sean o no constitucionales” (FJ 8) y arbitra dos caminos para aproximarse a la idea de su significado, caminos que no son alternativos ni, menos todavía, antitéticos, sino que se pueden considerar complementarios. “El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho ...”, de tal suerte que constituirán “el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho –sigue diciendo textualmente la sentencia– consiste en tratar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido ... que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección” (FJ 8).

Al núcleo esencial de los derechos fundamentales y constitucionales de naturaleza económico-social me he referido ya al tratar, en el apartado V de este trabajo, del “Reconocimiento de los derechos económicos y sociales en la Constitución”. Allí se examinó el sentido básico de los derechos puramente económicos -libertad de empresa dentro de una economía de mercado y propiedad privada, con todos sus condicionamientos-; de los derechos reaccionales derivados del deber de contribuir al levantamiento de los gastos públicos y sus relaciones con los valores y principios -dignidad humana, protección de la

familia sobre todo- que sirven también a la configuración del Estado Social de Derecho; de los derechos sociales fundamentales –derecho a la educación, a la libre sindicación y el de los trabajadores a la huelga en defensa de sus intereses- y de los constitucionales –derecho y deber de trabajar, negociación colectiva y adopción de medidas de conflicto colectivo- y, por último, el sentido y contenido básico de los derechos derivados de los principios rectores de la política social y económica, aunque estos procedan no solo de su enunciado constitucional, sino también de la intermediación legislativa.

En cuanto a estos últimos, en el epígrafe correspondiente del apartado V, se ha destacado igualmente su contenido básico y la interrelación existente no sólo entre ellos, sino también con otros derechos fundamentales.

Por todo ello, estos derechos puramente sociales –los derivados de los principios de la misma naturaleza del cap. III del Tit. I de la Constitución y de su desarrollo legislativo- puede concluirse que encierran un contenido esencial que no puede ser restringido o degradado. Cuando en el mandato de mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social (art. 41 CE) se hace referencia expresamente a la garantía de asistencia social y de “prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en casos de desempleo”, se está, con el imperativo de “suficiencia” en las prestaciones, aludiendo no a un concepto nominal de prestación de cualquier virtualidad, sino a aquellas prestaciones que permitan “vivir” con dignidad, incluso en situaciones de desempleo.

Lo mismo ocurre cuando el art. 50 CE habla de la obligación de los poderes públicos de garantizar “mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad”. En este precepto la Constitución no se está refiriendo a la percepción de pensiones en cualquier cuantía, ni tampoco a actualizaciones nominales, sino a las que sean adecuadas a una vida digna y sean periódicamente actualizadas en función de parámetros reales de coste de la vida, porque, de lo contrario, no servirían para garantizar “suficiencia” alguna durante la tercera edad como el precepto constitucional exige.

Al hilo de estas últimas reflexiones es oportuno aludir a la Ley 23/2013, de 23 de Diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social. Esta Ley introduce el factor de sostenibilidad, que será aplicado a partir del año 2019, con el

propósito de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones de jubilación expresadas, estableciendo un mecanismo de adaptación ante posibles desequilibrios del sistema de pensiones derivados de la intensidad de factores demográficos previsibles, como es el incremento de la longevidad, y un mecanismo también de equidad intergeneracional, manteniendo el equilibrio entre el tiempo de vida activa y el pasado como pensionista. Al propio tiempo, mediante la modificación por la Ley de referencia del art. 48 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social que aprobó el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de Junio, se sustituye la revalorización periódica mediante su actualización de acuerdo con el Índice de Precios al Consumo (IPC) por otro procedimiento que hace depender el crecimiento o actualización periódica de las pensiones, mandatada por el art. 50 de la Constitución, de una favorable evolución del crecimiento de los ingresos, del número de pensiones, de la cuantía media de éstas y del equilibrio entre ingresos y gastos del sistema.

Esta innovación legislativa, que tiene su antecedente en la Ley 27/2011, de 1 de Agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, salvo en lo relativo a la supresión del factor de actualización periódica vinculado al IPC de la legislación anterior, parte, en lo que toca al que he calificado de mecanismo de equidad intergeneracional, de aplicar un descuento en la cuantía inicial de la pensión en función de la esperanza de vida pero sin consideración a un mayor esfuerzo contributivo, como hacía la Ley 27/2011, de tal suerte que, estableciendo una corrección automática a la baja por mayor esperanza de vida, no toma en cuenta los previsibles incrementos del nivel de riqueza en el conjunto de la sociedad, una vez se supere, como es de esperar, la crisis. En lo que afecta a la revalorización periódica de las pensiones, como quiera que en la nueva fórmula de actualización va a crecer el número de pensiones y su cuantía media por el aumento de jubilaciones, resultará que sólo un aumento considerable y poco posible de los ingresos podría producir un incremento paralelo al aumento del coste de la vida, con lo que la pérdida progresiva de valor de las pensiones estará poco menos que asegurada con el nuevo sistema. Desde esta perspectiva es desde la que cabrá determinar si con este nuevo sistema se cumple o no el mandato mencionado del art. 50 de la Constitución, es decir, si el concepto de “pensión adecuada y periódicamente actualizada” es real o meramente nominal.

c) Límites derivados del tipo de norma por el que se establece la limitación regresiva.

El problema se centra en la utilización reiterada del Decreto-Ley para el establecimiento de medidas correctoras en sentido regresivo de derechos económico-sociales reconocidos o consolidados por ley. Todo ello sin entrar en el problema de si el establecimiento y regulación de los derechos de aquella condición y de las prestaciones a ellos asociadas están sometidos a reserva de ley, como para los derechos fundamentales y los llamados constitucionales (Secciones 1ª y 2ª del Capítulo II del Título I CE) exige claramente el art. 53.1 CE, y como puede defenderse para los mismos sobre la base de su conexión con derechos fundamentales propiamente dichos, como podría ocurrir, por ejemplo, con el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) y el derecho a la vida e integridad física (art. 15.1) o con los que he calificado de derechos constitucionales [vgr. derecho de propiedad (art. 33) y derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada (art. 47)].

Consecuentemente, habrá que hacer referencia, además de al requisito de “extraordinaria y urgente necesidad” que exige la Constitución (art. 86.1) para que el Gobierno pueda dictarlos, al de no poder “afectar ... a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I ...”. Este segundo aspecto es el que más interesa ahora por la relación que puede guardar con la materia relativa a la irreversibilidad de las conquistas sociales, por cuanto el primero es general respecto a cualquier materia que pudiera resultar afectada por este instrumento normativo.

La apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad requiere hacer constar que esta exigencia implica su concurrencia sobre la norma en su conjunto y también sobre los preceptos que regulan las concretas medidas adoptadas, en el bien entendido de que no es preciso que concurra una situación de necesidad absoluta o extrema (SSTC 68/2007, de 28 de Marzo, FJ 3º; 31/2011, de 17 de Marzo, FJ 7º; 137/2011, de 14 de Septiembre, FJ 4º; 237/2012, de 13 de Diciembre, FJ 4º y 39/2013, de 14 de Febrero, FJ 5º).

Respecto del requisito de no poder afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución, la jurisprudencia constitucional ha exigido que la materia objeto de esta regulación excepcional no constituya una regulación general, ni tampoco una regulación

que, aun no siendo general, sí afecte a elementos esenciales de los expresados derechos, deberes y libertades, para lo cual habrá de atenderse a “la configuración constitucional del derecho afectado en cada caso e incluso a su colocación en el texto constitucional dentro de las diversas secciones y capítulos de su Título I, dotados de mayor o menor rigor protector a tenor del art. 53 CE” (SSTC 111/1983 de 2 de Diciembre, FJ 8; 182/1997, de 28 de Octubre, FFJJ 6º y 7º; 189/2005, de 7 de Julio, FJ 7º y 329/2005 de 15 de Diciembre, FJ 8º).⁵³

De esta doctrina se desprende claramente, en lo que atañe al segundo de los requisitos apuntados, la necesidad de conectar la regulación que haga el Decreto-Ley con el núcleo esencial del Derecho afectado a que anteriormente se hizo referencia (vid. el Apartado V de este trabajo y también las consideraciones que se hacen sobre los “Límites derivados de la invulnerabilidad del contenido esencial de los derechos socioeconómicos reconocidos en la Constitución”).

Una aplicación práctica de este problema puede encontrarse en el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de Abril, de Medidas Urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, en cuanto plantea dilucidar si esta regulación ha reformulado en profundidad el derecho a la protección de la salud, en cuanto ha supuesto un cambio en la idea de universalización de la asistencia sanitaria que subyace en el art.43 de la Constitución, en relación con el valor de la dignidad de las personas, y subyacía en la Ley 14/1986, de 25 de Abril, General de Sanidad, cuando sentó las bases para dicha universalización y que ahora, al vincularla a la condición de asegurado en la modificación que el Real Decreto-Ley ha introducido en el art. 3º de la Ley 16/2003, de 28 de Mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, ha supuesto la exclusión de determinados colectivos como usuarios; en cuanto, a mayor abundamiento, ha exigido, al colectivo que no quepa incluir en la condición de asegurado y cumpla determinadas condiciones que no hacen ahora al caso, un requisito de ingresos que no se exige a otros colectivos y en cuanto, por último, ha deferido su determinación, sin condicionamiento alguno, a una disposición reglamentaria totalmente abierta⁵⁴.

53 Vid. Duque Villanueva, J.C. “Comentario al art. 86 CE”, en los Comentarios a la Constitución Española, Fundación Wolters-Kluwer España, cit. 2009, pág. 1.501 y sigs.

54. Vid. Beltrán Aguirre, J.L. “Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de Abril, de Medidas Urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. Análisis crítico en relación con los derechos

d) Límites derivados de la conexión de los derechos económicos y sociales con derechos fundamentales o constitucionales.

Ha de hacerse referencia en este apartado a las conexiones de los principios rectores de la política social y económica con derechos fundamentales y constitucionales, que es materia estudiada en el Apartado V de este trabajo, subepígrafe C)b'), derivada, como allí se dice, de una interpretación sistemática de la Constitución y de una interrelación entre sus preceptos y mandatos.

Esta conexión ha sido reconocida reiteradamente por el Tribunal Constitucional, como es sabido. Sirva de ejemplo la relación, ya reiteradamente mencionada, entre el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) con el derecho a la vida e integridad física (art. 15.1 CE), declarada, entre otras, en las SSTC 62/2007, de 27 de marzo, y 160/2007, de 2 de julio, aunque la conexión se predique en los casos de riesgo o peligro grave para la salud.

Pero quizá la conexión mayor de los derechos económicos y sociales –sobre todo de los últimos– se da cuando se trata del principio o derecho de igualdad (arts. 1º.1, 9º.2, 14 y 31 CE), generalmente asociado al de dignidad de la persona, y cuando se alude al derecho a la tutela judicial de derechos e interés legítimos (art. 24.1 CE).

Respecto del derecho y principio de igualdad la relación es especialmente intensa, tanto en su contenido de cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, “que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia” –que habrá de aparecer como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados y sin consecuencias desproporcionadas–, como en su contenido de prohibición de una serie de motivos o razones concretas de discriminación (por todas SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4º, y 59/2008, de 14 de mayo, FJ. 5º), contenido este último que “representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce

ciudadanos y las competencias autonómicas”, Revista Aranzadi doctrinal, Junio 2012, núm. 3, págs. 191 y sigs.

el art. 10.1 CE”, (SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4º, y 59/2008, de 14 de mayo, FJ 5º, entre muchas más). Aunque la igualdad es un derecho subjetivo fundamental a obtener un trato igual (STC 49/1982, de 14 de julio) y no hay que equipararlo a un derecho a la desigualdad o, lo que es lo mismo, a ser tratado de forma diferente o a la singularización normativa, sí que lo hay a no ser discriminado respecto de la situación reconocida a determinados colectivos, específicamente previstos entre los principios rectores de la política social y económica, cuando se pertenece a ellos según las leyes de desarrollo. Entonces, si la medida regresiva implica el cercenamiento de todo o parte de lo que con anterioridad he calificado de contenido esencial de dichos derechos derivados (vgr. el derecho a la asistencia y a recibir prestaciones suficientes en caso de necesidad, especialmente en situación de desempleo –art. 41 CE- o el derecho a tener garantizada la suficiencia económica durante la tercera edad mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas –art. 50 CE- o a recibir los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos atención especializada –art. 49 CE-), el retroceso podría calificarse de inconstitucional. Estas referencias directas de la Constitución a determinados colectivos personales permiten -y también en ocasiones imponen- el establecimiento, para los concernidos, de tratamientos diferenciadores, positivos o favorables, que están acogidos a lo establecido en el art. 9.2 CE y que no se oponen al imperativo de la igualdad derivado del art. 14 CE⁵⁵.

También el principio de igualdad, en su versión de interdicción de la discriminación, ha tenido relevancia en otros Tribunales Constitucionales. El portugués, en su Sentencia 353/2012, de 5 de julio, declara inconstitucional la suspensión de las pagas extraordinarias de vacaciones y navidad de los empleados públicos y jubilados durante los años 2012, 2013 y 2014, que se basaba en la necesidad de observancia rigurosa de los límites permitidos al déficit presupuestario, aduciendo que se había cargado el esfuerzo que conllevaba dicha finalidad únicamente en unos determinados colectivos, que habían sufrido así un trato discriminatorio, toda vez que aquella –la finalidad- debía ser alcanzada “a través de medidas de disminución de gasto y/o de aumento de ingresos que no se traduzcan en una repartición de sacrificios excesivamente diferenciada”.

Pero de la igualdad puede también hablarse como título competencial, por la vía del art. 149.1.1ª CE, cuando ésta establece que el Estado tiene com-

55. Casas Baamonde, M.E. en “Comentarios al Tít. I de la Constitución”, Comentarios a la Constitución Española, Fund. Wolters-Kluwer, cit. Pág. 174.

petencia exclusiva sobre “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

No voy a tratar aquí el significado y el rico contenido que puede ofrecer este primer título competencial del Estado y la necesidad, por otra parte, de evitar que a su amparo se cercenen las competencias de ejecución normativa básica que corresponden a las Comunidades Autónomas; y menos aun cuando las reformas operadas en los Estatutos de Autonomía a partir del 2006 han alumbrado una serie de competencias exclusivas de las mismas, precisamente en materia de los derechos económicos y sociales que constituyen el objeto de este estudio. Pero sí quiero destacar, en primer lugar, que “la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional no puede ser entendida como rigurosa uniformidad del ordenamiento”, porque “no es, en definitiva, la igualdad de derechos de los ciudadanos ... sino que es la necesidad de garantizar la igualdad en el ejercicio de tales derechos lo que, mediante la fijación de unas comunes condiciones básicas, impone un límite a la diversidad de las posiciones jurídicas de las Comunidades Autónomas” [(STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4º 6), con cita de la STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2º a)]; en segundo término, que es un título competencial con operatividad y conexión con los derechos recogidos en el capítulo III, Tít. I, de la Constitución. Así, en las SSTC 13/1992, de 6 de febrero, y 16/1996, de 1 de febrero, está, entre otras materias, conectado con los derechos de la tercera edad del art. 50 CE. Antes, en la STC 32/1983, de 28 de abril, se le relaciona con el derecho a la protección de la salud y con el régimen público de la Seguridad Social (arts. 43 y 41 CE) lo mismo que la STC 149/1991, de 4 de julio, utiliza el título para asegurar la igualdad básica en el derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado; y, por último y en tercer lugar que, haciendo uso de este título competencial, el Estado ha dictado leyes sociales de gran importancia como han sido la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y, sobre todo, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia⁵⁶.

De lo dicho se desprende fácilmente que las condiciones básicas a que se refiere el art. 149. 1.1ª CE pueden servir para configurar el contenido esen-

56. Vaquer Caballeria, M. “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, cit. pág. 92.

cial de los derechos económicos y sociales que la Constitución reconoce y, por ende, para concluir la irreversibilidad de conquistas sociales reconocidas en las mismas. Téngase presente que la única garantía de un mínimo de univocidad para los aludidos derechos descansa en la utilización por el Estado del título competencial al que se viene aludiendo. Si a este mínimo se añade la función de igualdad básica en materia financiera que representa la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, que atribuye (art. 15) al Estado la función de garantizar en todo el territorio español “el nivel mínimo de los servicios públicos fundamentales de su competencia”, servicios estos que no son otros que “la educación, la sanidad y los servicios sociales esenciales”, se comprenderá que “la conjunción de estos dos títulos –regulatorio y financiero– permitiría al Estado configurar un derecho público subjetivo perfecto a las prestaciones sociales necesarias para garantizar un mínimo existencial”⁵⁷. En definitiva es lo que puede concluirse han hecho las leyes de desarrollo antes apuntadas y las demás que se han promulgado al amparo de los derechos, principios, mandatos y habilitaciones contenidos en el tan repetido Capítulo III del Tít. I de la Constitución.

e) Limitaciones a las restricciones en función de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales.

También estos principios, si bien con menor aplicación en materia de jurisprudencia sobre los derechos sociales, tienen indudable repercusión a la hora de valorar la viabilidad constitucional de las regresiones que sobre los mismos puedan acordarse legislativamente.

El TC, en la Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, a propósito de diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos en relación con la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto, para salvaguardar derechos e intereses patrimoniales de carácter individual frente a la ordenación estatal del recurso natural que el agua significa, declaró (FJ 7º) que, de una interpretación sistemática de los arts. 33 y 45.2 de la Constitución, “no cab[ía] derivar las tesis de que toda medida de ordenación legal de los recursos naturales y, en especial, de un recurso tan vital y escaso como el agua, deba atender prioritariamente al criterio de evitar cualquier sacrificio no imprescindible de los derechos e intereses patrimoniales de carácter individual”. La misma Sentencia, refiriéndose al principio

57. Vaquer Caballeria, M. op. cit. pág. 93 y sig.

de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, sigue declarando (FJ 9) que “no hay retroactividad cuando una Ley regula de manera diferente *pro futuro* situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado, pues ... una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 de la Constitución, cuando incide sobre <<relaciones consagradas>> y <<afecta a situaciones agotadas>>” y “lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad”, así como (FJ 10) que el respeto a situaciones jurídicas preexistentes “no puede producir una congelación del ordenamiento jurídico o impedir toda modificación del mismo” o que el principio de seguridad jurídica “no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas”.

Por su parte, la STC 222/2003, de 15 de noviembre, con ocasión de inadmisión de recurso presentado ante el Juzgado de Instrucción de Guardia cuando una modificación del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial había dispuesto la inadmisión de escritos ante dicho órgano que estuvieran dirigidos a otros órdenes jurisdiccionales, declaró (FJ. 4º) que en el caso se pudo generar un criterio merecedor de protección “al amparo del principio de confianza legítima, derivación del principio de seguridad jurídica”, cuya idea material “impide ... quebrantar en perjuicio de los derechos del ciudadano la confianza que había sido generada por un acto del poder público conforme al cual aquellos (se refiere a los ciudadanos y profesionales del Derecho) podían haber configurado la decisión relativa a su actuación procesal”.

He reflejado conscientemente la relación de estas declaraciones con los casos concretos a que fueron aplicadas para destacar que, en el caso de regresiones afectantes a derechos sociales, no se está solo en presencia de derechos individuales representativos de intereses particulares contrarios a la nueva ordenación, que además no era retroactiva, sino concebida *pro futuro*, conforme ocurría en el supuesto resuelto por la STS 227/1998, sino ante derechos que configuran el contenido esencial del Estado Social y Democrático de Derecho proclamado por el art. 1º.1 de la Constitución y que han sido reiteradamente reconocidos y aplicados por las leyes de regulación de los mismos y de desarrollo de los principios y mandatos que los materializan. Su supresión o regresión

sin realizar auténticamente los correspondientes juicios de proporcionalidad y ponderación, significaría también, aparte de la arbitrariedad que, como se dijo antes, cabría apreciar, la vulneración de los principios a que en este apartado se ha hecho indicación.

VII.- Las alternativas al sacrificio lineal de los derechos económicos y sociales reconocidos en la Constitución

Este apartado va a desarrollar uno de los argumentos que constituyen el núcleo esencial de este trabajo. Me refiero a que, destacada la importancia constitucional que ostentan los principios, derechos, mandatos y habilitaciones que integran el contenido del Estado Social y Democrático de Derecho que, como tantas veces se ha repetido, proclama nuestra Constitución, y considerados también su normatividad, el contenido esencial de los “derechos” que configura el propio texto constitucional o su desarrollo legislativo, su naturaleza intangible y su vigencia efectiva en los instrumentos normativos vigentes -tanto en el ámbito del Derecho interno como en el del Derecho Comunitario Europeo-, es necesario ofrecer soluciones para que, fundamentalmente en situación de crisis económica como la actual, no se incurra en la contradicción que significa mantener la afirmación y vigencia del Estado Social y, al propio tiempo, abrir el camino a su restricción, o incluso eliminación, mediante soluciones de recorte lineal en el gasto hechas sin los oportunos juicios de ponderación y proporcionalidad que son de todo punto exigibles.

Con ello vuelvo al pensamiento de Juan Luis Vives, expuesto al principio de esta intervención, y a las soluciones que preconizaba para subvenir a la pobreza. No ha de faltar dinero –nos decía- si se administran bien las rentas o, lo que es lo mismo, si hay una buena administración de los recursos disponibles para hacer frente a las cargas públicas; si los particulares pudientes aportan lo necesario, es decir, si hay un correcto cumplimiento del deber de contribuir al levantamiento de los gastos públicos por quienes, por sus recursos, están en la posición y en la obligación de hacerlo; y si, pese a todo, no se alcanzara a cubrir todas las necesidades deberá ser la ciudad –léase el Estado- quien, “recortando de otros gastos, dedique lo necesario a estos menesteres”.

Veamos cuales, a mi juicio, pueden ser algunas –las principales, al menos- de esas alternativas:

A) La equitativa asignación de los recursos públicos y la eficiencia y la economía como criterios constitucionales en la programación y ejecución del gasto público.

“El gasto público –dispone el art. 31.2 de la Constitución- realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”.

Tradicionalmente se ha considerado una decisión de pura naturaleza política la determinación de los fines a que han de ser destinados los ingresos públicos. Ha sido, pues, una novedad –y de gran importancia- la introducción de un principio de justicia en el gasto público que desempeñara similar cometido que el que, cuando se trata de los ingresos públicos, desempeñan los principios constitucionales recogidos en el apartado 1º de este mismo precepto constitucional. La consideración intencionada de este principio de equidad en la asignación de los recursos públicos no fue, desde luego, producto de la casualidad o de una “ocurrencia” retórica. Este apartado del art. 31 CE fue producto de una enmienda propuesta por el Profesor Fuentes Quintana en la Comisión del Senado (BOC de 6 de octubre de 1978), en que sostuvo que “la Hacienda no solamente tiene la mano del impuesto para recaudar el conjunto de los fondos que necesita con objeto de satisfacer las necesidades públicas y atender a los gastos, sino la mano del gasto público que completa, como es lógico, la mano de la imposición. Constituye una incoherencia separar estas manos, ya que Hacienda podría destruir con la mano del gasto público lo que ha construido y edificado con la mano del impuesto. Por tanto, es un deber de coherencia”.

La introducción de este precepto constituyó una decidida superación de las posiciones doctrinales que habían considerado siempre las decisiones de gasto público como materia puramente política. En definitiva supuso, conforme se resaltó al principio, la penetración del Derecho en el ordenamiento del gasto público, de acuerdo, además, con un sensible esfuerzo doctrinal.

El mandato constitucional contenido en este apartado del art. 31 CE se desdobra en dos postulados. El de asignación equitativa de los recursos públicos incorpora no sólo la oportunidad, sino también la exigencia de un juicio de valor acerca de la corrección y bondad de los fines a que se van a destinar

los ingresos públicos. El relativo a la eficiencia y economía en la programación y ejecución del gasto hace referencia a la necesidad de utilizar los recursos públicos de acuerdo con el principio de buena gestión financiera, es decir, el que conjuga la realización de los fines y la obtención de los resultados previstos de acuerdo con el mejor aprovechamiento de los medios empleados, incluido el factor económico.

La doctrina ha destacado la dificultad de delimitar equitativamente los fines a satisfacer. Una vía de análisis, como se ha dicho con acierto, la da la propia Constitución cuando, al exigir a los poderes públicos que garanticen y defiendan determinados valores –los configurados como principios rectores de la política social y económica, a los que podrían añadirse los anteriormente configurados como derechos fundamentales o constitucionales (arts. 27, 35 y 39 a 52 CE)-, está marcando ya una cierta primacía en prioridades de gasto en relación con otras finalidades⁵⁸.

El Tribunal Constitucional, ciertamente, no se ha pronunciado de modo específico sobre los principios ahora estudiados a diferencia de lo que ha hecho respecto de los contenidos en el art. 31.1 CE. Solamente, a propósito de la compatibilidad de las funciones del Tribunal de Cuentas como órgano de control externo de las cuentas y de la gestión económica del sector público (art. 136 CE) con los órganos de la misma naturaleza creados por las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias, ha declarado que esta coexistencia de órganos debe respetar la primacía del referido Tribunal y emplear “las técnicas tendentes a reducir a unidad la actuación de uno y otros y a evitar duplicidades innecesarias o disfuncionalidades, que serían contrarias a los criterios de eficiencia y economía enunciados en el art. 31.2 de la Constitución” (STC 187/1988, de 17 de octubre, FJ 12, y posteriormente, también sobre el mismo tema, SSTC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 28, y 18/1991, de 31 de enero, FJ 3). Igualmente, con ocasión de ocuparse del mismo tema de duplicidad de órganos consultivos del Gobierno Central y los Gobiernos Autónomos –Consejo de Estado y Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas-, la STC 204/1992, de 26 de noviembre, FJ 5, declaró que “sería muy probablemente innecesario y, sin duda, gravoso y dilatorio que en un mismo procedimiento debiera recabarse sucesivamente dictamen de un órgano superior consultivo autonómico de características parecidas al Consejo de Estado y del

58. Vid. en este sentido, Martín Queralt, J. en “Curso de Derecho Financiero y Tributario”, 24ª ed., Madrid, 2013, cit. págs. 119 y sigs.

propio Consejo de Estado, con desprecio de los principios de eficacia administrativa (art. 103 CE) y eficiencia y economía del gasto público (art. 31.2 CE)”.

Pero no obstante esta parquedad en las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre los principios del gasto que vienen examinándose, la importancia de respetar las finalidades y mandatos explícitamente reseñados en la Constitución supone, por elemental lógica, su traducción en prioridades en el gasto público y, consecuentemente, su reserva a la hora de limitar los medios a arbitrar para su cumplimiento. El desconocimiento de estas prioridades o su asimilación a otras no mandatadas directamente por la Constitución, no significaría otra cosa que negar la normatividad de la Norma Fundamental y relegarla a la consideración de un texto retórico y programático, como ya oportunamente se anticipó.

B) La realización efectiva del derecho a un buen gobierno o a una buena administración.

En conexión con el principio constitucional de asignación equitativa de los recursos públicos y de programación y ejecución del gasto público de acuerdo con los principios de eficiencia y economía, pero con propia sustantividad, se ha ido abriendo paso la concepción como derecho ciudadano de las obligaciones procedimentales que los Ordenamientos democráticos imponen a la actuación de los gobiernos o, si se quiere y con un criterio más amplio, a la actuación de gobiernos, administraciones públicas y, en general, de entidades integradas en lo que comúnmente se conoce por “sector público”, o participadas, directa o indirectamente, por entidades públicas aun cuando su actuación pueda estar sometida al Derecho privado, así como de los deberes de naturaleza ético-jurídica que también se imponen a sus responsables, pero ya como obligación jurídica.

Como expresa el Preámbulo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, “La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterio actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder

a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos”.

En realidad, el derecho a una buena administración está directamente relacionado con el derecho a un procedimiento administrativo respetuoso con las garantías que establece, en lo que toca a nuestro Ordenamiento, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -Ley 30/1992, de 26 de noviembre- de acuerdo con los principios constitucionales contenidos en los arts. 9.2, 9.3, 31.2, 103.1, 105 y 106 de la Constitución, de tal manera que implique la actuación de las Administraciones Públicas con arreglo a los principios de racionalidad, igualdad, participación, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, asignación equitativa de los recursos públicos y programación de los mismos con criterios de eficiencia y economía, objetividad, coordinación y eficacia, audiencia a los ciudadanos en procedimientos de elaboración de las disposiciones que les afecten y acceso de los mismos a los archivos y registros administrativos, así como de audiencia a los interesados en los procedimientos a través de los cuales se produzcan los actos administrativos y en general de actuación administrativa con arreglo a Ley. Todo ello en servicio, además, de los intereses generales. Obvio es decir que no puede abordarse aquí el estudio crítico de cómo la precitada LRJAP y PAC ha incorporado y desarrollado esos principios.

La misma idea late en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, consolidada por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, y que, en virtud de este último y como ya se dijo, tiene hoy pleno valor normativo si se aplica Derecho Comunitario Europeo, cuando afirma este derecho, con la expresa rúbrica de “derecho a una buena administración”, en su art. 41 y determina el derecho de toda persona a que se traten por la Unión sus asuntos “imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable” y “a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente”, así como a “acceder al expediente que la concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial” y a que la Administración cumpla con la obligación que le incumbe “de motivar sus decisiones”.

También ha sido recogido este derecho por los modernos Estatutos de Autonomía en las reformas llevadas a cabo a partir de 2006. Así ha sido reconocido en el Estatuto de Autonomía de Cataluña (art. 30), de Andalucía (art.

31), Balear (art. 14), de Castilla y León (art. 12) y de la Comunitat Valenciana (art. 9).

En la actualidad, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, como se acaba de señalar, ha regulado también los aspectos generales de este derecho en su Título II, bajo la rúbrica de “Buen Gobierno”, pero referido no a la genérica actuación administrativa procedimental, sino a la de los miembros del Gobierno, Secretarios de Estado y resto de altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal vinculadas o dependientes de aquella, así como a la de “los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que les sea de aplicación, tengan tal consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales” (art. 25). En esta Ley, y por la vía de “principios de buen gobierno”, se concreta el tenor de las actuaciones que los altos cargos concernidos habrán de observar en el desempeño de sus responsabilidades, principios estos que, además, sirven para informar la interpretación y aplicación del régimen sancionador que se regula en el propio título (art. 26).

Prescindiendo ahora de la naturaleza del derecho ciudadano de acceso a la información pública, que dio lugar a una abundante doctrina científica sobre si se trataba de un mero derecho de configuración legal, a la vista del art. 105.b) de la Constitución, o de un verdadero derecho fundamental por su conexión con los derechos de participación en asuntos públicos (art. 23 CE) o con las libertades de expresión e información (art. 20 CE) o incluso por su propia sustantividad al estar situado el referido art. 105 de la Constitución entre las normas directivas de la actividad de los poderes públicos que establecen garantías constitucionales⁵⁹, es lo cierto que la precitada Ley 19/2013, de 9 de diciembre, sin duda, ha incrementado los niveles de transparencia en la actividad pública conforme se desprende de su ámbito subjetivo de aplicación, que no solamente se circunscribe a todas las Administraciones Públicas y entidades con ellas relacionadas, cualquier que sea su tipología, sino que también alcanza a partidos políticos y a entidades privadas que, en determinadas cuantías y tiempos, perciban ayudas o subvenciones públicas e igualmente a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato (arts. 2, 3 y 4).

59. Vid. sobre el tema, Rams Ramos, L. “La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental”, en REDA, nº 160, octubre-diciembre de 2013, págs. 155 y sigs.

Igualmente la Ley se refiere a la publicidad activa, esto es, a la afectante a los sujetos a que se extiende su ámbito subjetivo (arts. 5 a 11, inclusive), así como al derecho de acceso a la información pública, que corresponde a “todas las personas en los términos previstos en el art. 105.b) de la Constitución”. Sin embargo, el carácter excesivamente abierto de las limitaciones al derecho de acceso (art. 14), singularmente las contenidas en las letras g) a l) del mismo precepto, exigirán previsiblemente el largo camino clarificador de la interpretación judicial y, por ende, producirán considerable dilación en su efectividad. Por otra parte, en materia de protección de datos personales (art. 15), cabe decir que se adopta un criterio más riguroso que el recogido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Por último, en materia de resolución a la solicitud de acceso a la información, la Ley prevé que “serán motivadas las resoluciones que denieguen el acceso, las que concedan el acceso parcial o a través de una modalidad distinta de la solicitada y las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero (art. 20.2) y, sin embargo, también dispone que “transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada” (art. 20.4). Aquí, en virtud del Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de la Ley (Dictamen 707/2012, de 19 de julio), que se manifestó favorable al sentido denegatorio del silencio por la potencial vulneración de otros derechos o intereses en conflicto, (aun reconociendo que era una opción que había sido muy objetada), la Ley incurre en una contradicción, porque si la regla general, como se ha visto, es que la denegación debe ser motivada y fundarse en las causas previstas legalmente, el sentido del silencio sólo podría ser el positivo⁶⁰, máxime cuando la propia Ley especifica con mayor rigor que el que fuera preciso los límites al derecho al acceso (art. 14) y los derivados de la protección de datos personales en relación con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (art. 15), como acaba de indicarse antes.

Íntimamente ligada a la efectividad de este derecho a un buen gobierno y a una buena administración, y también poderoso elemento de lucha contra la corrupción, como enseguida se verá, está la labor de la jurisprudencia constitucional al ampliar la legitimación de Concejales y Diputados Provinciales para

60. Vid. sobre el tema Ballesteros Moffa., L.A. “Ausencia de respuesta a las solicitudes y reclamaciones de acceso a la información pública: ¿El caballo de Troya de la transparencia?” En REDA, nº 161, enero-marzo 2014, pags. 74 y sigs.

impugnar ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cualquier acuerdo adoptado por los órganos de gobierno de las correspondientes corporaciones aun cuando no figuren adscritos a los mismos y, por consiguiente, no hubieran podido oponerse a su adopción.

Dicho lo anterior, no puede caber duda de que la aplicación a supuestos específicos de los principios y normas que caracterizan el derecho a una buena administración y gobierno, así como la de los preceptos reguladores de la transparencia y acceso a la información pública, son relevantes para evitar regresiones en derechos sociales de relevancia constitucional. La conexión del derecho a un buen gobierno y buena administración con la necesidad de motivación suficiente y de comportamiento de los responsables públicos con arreglo a criterios éticos que han adquirido evidente valor jurídico, constituyen elementos fundamentales para evitar el desmantelamiento del Estado Social de Derecho, las lineales e inmotivadas restricciones de los referidos derechos sociales y el respeto a las prioridades en el gasto que se derivan, como ha podido comprobarse de cuanto se lleva expuesto, de los propios y directos mandatos constitucionales que los sustentan y configuran.

C) La lucha contra la corrupción, el fraude y la elusión fiscal.

a) La corrupción y sus principales áreas de desarrollo, especialmente en el ámbito de la contratación pública.

La Comisión Europea, en el informe al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea, emitido en Bruselas el 3 de febrero de 2014, tras definir la corrupción como “abuso de poder para obtener réditos privados”, destaca que la mayoría de los miembros de la Unión disponen de los instrumentos jurídicos e instituciones necesarias para prevenir y luchar contra la corrupción, pero los resultados no pueden calificarse de satisfactorios porque las normas pertinentes no siempre se aplican enérgicamente, los problemas sistémicos no se abordan con la suficiente eficacia y las instituciones no siempre tienen la necesaria capacidad para hacerlas cumplir, hasta el punto de concluir que “a menudo parece faltar una verdadera voluntad política para erradicar la corrupción”.

No tiene desperdicio este informe, que sigue afirmando que “frente a los actuales desafíos económicos, tanto en Europa como en otros lugares, se

precisan mayores garantías de integridad y transparencia en el gasto público” porque “los ciudadanos esperan que la Unión preste una ayuda importante a los Estados miembros para proteger la economía lícita contra la delincuencia organizada, el fraude fiscal y financiero, el blanqueo de capitales y la corrupción, especialmente en tiempos de crisis económica y de austeridad presupuestaria”, máxime cuando “se calcula que el coste de la corrupción para la economía de la Unión Europea asciende a 120.000 millones de euros al año, algo menos que el presupuesto anual de la Unión Europea”.

La percepción ciudadana sobre la corrupción, según el eurobarómetro, indica que tres cuartas partes de los encuestados (76%) creen que la corrupción está muy extendida en su propio país. Pero, en concreto, en Grecia, Italia, Lituania y España, la percepción, sin duda influida por los recientes escándalos y la crisis financiera y económica, alcanza, respectivamente, al 99%, 97%, 95% y 95% de la población. Ciertamente es que se trata de una percepción ciudadana que no es posible admitir se corresponda exactamente con la realidad, porque entonces habría que admitir también la inexistencia de diferencia entre la gestión pública en un país sin libertades democráticas y en un país integrante de la Unión Europea, en que, por definición, ha de tratarse de un Estado Democrático de Derecho. Pero no menos cierto que es un problema de gran trascendencia, que sin duda contribuye al desencanto de la ciudadanía con la política y que es de urgente solución, como este informe se encarga de hacer presente sin ninguna condescendencia y como, una y otra vez, ha resaltado nuestra doctrina⁶¹.

Hay un consenso doctrinal bastante generalizado en considerar que las políticas de lucha contra la corrupción no han de descansar exclusivamente en el Código Penal, puesto que necesitan de políticas preventivas, en las que juega un papel importante el Derecho Administrativo, dado que, como fácilmente se desprende del apartado anterior, la optimización de la consagración legal del derecho a un buen gobierno o a una buena administración, su desarrollo legislativo unido a la efectividad de la transparencia de la actividad pública y a la potenciación del derecho ciudadano de acceso a la información pública,

61. Vid. Velarde Fuertes, J. “Corrupción: realidad económica y control fiscalizador”, Revista Española de Control Externo, nº 3, 1999, págs. 39 y sigs. También, en el mismo número y Revista, Fernández Díaz, A., “La Economía de la Corrupción”, págs. 9 y sigs. De este último autor igualmente, “Sobre la corrupción: otra vuelta de tuerca”, todavía no publicado y antes “Nuevas aportaciones a la economía de la corrupción”, RECE, nº 36, 2010. Igualmente, vid. Martín Martín, P., “Posibilidades y limitaciones de la Jurisdicción contable ante la corrupción”, RECE, nº 3, 1999.

constituyen elementos indispensables en el combate contra la corrupción. Todo ello sin perjuicio de que el bien jurídico protegido en el Título XIX del Código Penal (Delitos contra la Administración Pública) ha evolucionado desde el criterio jurisprudencial clásico de “infracción de los deberes del cargo” al de “recto y normal funcionamiento de la Administración, con sujeción al sistema de valores instaurados en los arts. 103 y 106 de la Constitución que sirven de punto de partida para cualquier actuación administrativa” (STS, Sala 2ª, de 5 de noviembre de 1998, núm. 1354/1998, FJ. 2º), evolución la expresada que revela un acercamiento entre las posiciones sobre la corrupción propias del Derecho Administrativo y las provenientes del Derecho Penal y que, como ha sido puesto de relieve, puede determinar que de la vulneración del derecho al procedimiento debido pueda derivar la comisión de un delito y dar lugar con ello a la tutela penal del derecho al buen gobierno o a la buena administración⁶².

Dejando aparte el examen de los problemas de prejudicialidad que encierran estas relaciones entre el Derecho Administrativo y el Penal, que obviamente no pueden abordarse en un estudio como el presente, sí que es necesario destacar las materias en que, con mayor facilidad, pueden detectarse —o se producen— manifestaciones de corrupción. Son estas, como pone de relieve el antecitado Informe de la Comisión Europea, la contratación pública en el ámbito estatal, a más de la construcción, energía, transporte, defensa y sanidad, y, en el regional y local, también, y sobre todo, la contratación pública, la gestión de residuos y la construcción relacionada con el desarrollo urbanístico. Esta apreciación puede trasladarse a España perfectamente, con el añadido de que la corrupción urbanística contribuyó de manera decisiva a la expansión de la “burbuja inmobiliaria”, propiciada por una serie de calificaciones y recalificaciones urbanísticas, en gran parte amparadas por la permisividad que implicaba la consideración del suelo urbanizable como suelo residual en la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, según antes —al tratar de la consideración general sobre la crisis— destaque.

62. Vid. Ponce Solé, J.; “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)”, en Anuario de Gobierno Local 2012, Fundación Democracia y Gobierno Local, Institut de Dret Públic, Mayo 2013, págs. 110 y sigs. Vid. también Asua Batarrita, A., “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria” en “Delitos contra la Administración Pública” (Asua Batarrita, A.), Instituto Vasco de Administración pública, 1997, págs. 13 y sigs.

En el referido Informe se señala que los problemas más frecuentes que, en relación con la corrupción, se presentan en la contratación pública son: redacción de especificaciones a la medida para favorecer a determinados licitadores; división de las licitaciones públicas en licitaciones más pequeñas para evitar los procedimientos competitivos; conflictos de intereses que afectan a diversas etapas de los procedimientos y que atañen no sólo a los funcionarios responsables de la contratación pública, sino también a niveles más altos de los poderes adjudicadores; criterios de selección desproporcionados e injustificados; exclusión injustificada de licitadores; uso injustificado de procedimientos de emergencia; análisis inadecuados de las situaciones en que los precios ofertados son demasiado bajos; confianza excesiva en el precio más bajo, como criterio determinante, en detrimento de los criterios relativos a la calidad de las prestaciones y a la capacidad para realizarlas; excepciones injustificadas a la obligación de publicar la licitación. Problemas que no sólo afectan a fase de adjudicación, sino que se dan en la posterior, como son las relativas a la calidad de las prestaciones y a la justificación insuficiente de modificaciones en el contrato o a las modificaciones durante su ejecución, que alteran el pliego de condiciones y elevan el presupuesto (podría añadirse aquí que estas irregularidades van normalmente unidas a una adjudicación a la oferta más baja a sabiendas de que una renegociación posterior elevará la retribución y la ganancia). También aquí se trata de corruptelas o de corrupciones perfectamente trasladables a la praxis de nuestra contratación pública y que están absolutamente proscritas no sólo en las Directivas de la Unión Europea, sino en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en virtud de la autorización dada al Gobierno por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, para integrar y armonizar la Ley 30/2007, de 30 de octubre, con todas las normas legales que con posterioridad la han afectado.

Es fundamental erradicar cualquier atisbo de corrupción en esta materia porque están en juego importantísimos intereses económicos y sociales, ya que las Administraciones y entidades públicas o participadas por ellas, con la construcción de obras e infraestructuras públicas, la gestión de servicios, la prestación de actividades, el suministro de bienes y la realización de numerosos trabajos, llevan a cabo, a su vez, importantísimos intercambios y flujos económicos, que con frecuencia suponen un elemento fundamental de la política económica, ya que afectan a la absorción del empleo –tan castigado en nuestros

días- y a la reactivación económica –tan anhelada- por el volumen de miles de millones que se mueven en esta realidad⁶³.

Pues bien; pese a que la constante reforma de la normativa sobre contratación pública ha conducido a una regulación complicada y muchas veces de difícil entendimiento⁶⁴, ha de destacarse que, en este punto, la movilidad legislativa –sobre todo determinada por la obligada transposición de Directivas Comunitarias-, ha contribuido a proteger derechos sociales de los trabajadores. En este sentido, cabe resaltar que una nueva Directiva relativa a la contratación pública –COM (2011) 896-, cuando aborda el tema de anormalidad o desproporción de las ofertas, contempla, como causa de rechazo de la adjudicación del contrato, que la oferta impida “el cumplimiento, al menos de forma equivalente, de las obligaciones establecidas por la legislación de la Unión en materia social, laboral o medioambiental o las disposiciones internacionales de Derecho social y medioambiental ...”⁶⁵.

Sin duda alguna, después de lo expuesto, ha de reconocerse que el diagnóstico de los puntos en que la corrupción preferentemente se manifiesta está suficientemente determinado. Podría añadirse que, en ocasiones, y por lo que respecta sobre todo a las corrupciones urbanística y en el ámbito de la contratación pública, aparte el beneficio o lucro personal obtenido por corruptor y corrupto –que suele ser el más importante cuantitativamente hablando- puede intermediar también la financiación de partidos políticos.

En este punto, es preciso hacer algunas consideraciones, sin perjuicio de no poder emprender aquí un examen, ni siquiera superficial, acerca de las bondades o carencias que, en nuestro Ordenamiento, contiene la regulación relativa a la contratación pública o a la acabada de citar financiación de los par-

63. Martín Rebollo, L., en el Estudio Preliminar al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, incluido en las “Leyes Administrativas 18ª ed. 2012, Thomson-Reuters Aranzadi, págs. 627 y sigs.

64. Vid. Santamaría Pastor, J.A., “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, REDA, nº 159, julio-septiembre 2013, págs. 25 y sigs.

65. Vid. sobre el tema Gimeno Feliú, J.M., “Las nuevas Directivas –cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, REDA, nº 159, julio-septiembre 2013, págs. 39 y sigs.

tidos. Únicamente cabe decir que, en términos generales y por lo que se refiere a esta última, las reformas introducidas por la L.O. 5/2012, de 22 de octubre, en la L.O. 8/2007, de 4 de julio, presentan insuficiencias claras que pueden utilizarse para evadir supuestos de financiación ilegal. Así, según la Disposición Adicional 7ª de la Ley de 2007 modificada por la de 2012, si bien los partidos políticos no pueden aceptar o recibir, directa o indirectamente, donaciones de empresas privadas que, mediante contrato vigente, presten servicios o realicen obras para las Administraciones Públicas, organismos públicos o empresas de capital mayoritariamente público, ni tampoco de empresas que pertenezcan al mismo grupo que las expresadas o estén participadas mayoritariamente por ellas ni de sus fundaciones [(art. 4º.2.c)], las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos con representación parlamentaria no están sometidas a dicha restricción ni tampoco al límite que para las donaciones privadas procedentes de una misma persona física o jurídica se fija en 100.000 euros anuales. Por esta vía se abre paso a un flujo ilimitado de recursos del sector privado hacia la política que escaparía a la fiscalización del Tribunal de Cuentas.

En cuanto afecta a la contratación pública, el elenco de figuras posibles relacionadas con la corrupción ha sido expuesto con anterioridad a propósito del Informe de la Comisión Europea de febrero de 2014. No es preciso reproducirlas ahora para estudiarlas en profundidad. Pero sí debo significar que el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 ha instaurado, conforme acabo de advertir, un sistema de contratación pública de gran complejidad y difícil comprensión, que sin duda ha de repercutir negativamente en la seguridad jurídica, porque en sus cinco Libros no estructura una parte común aplicable a todos los contratos que contempla y otra especial destinada a cada contrato en particular, sino que atiende al aspecto subjetivo de quien contrata (si la Administración o cualquier otro “poder adjudicador”) y a la clase de contrato a que se refiera, de tal suerte que para saber el régimen concreto de cada contrato no es suficiente con consultar una parte determinada de la Ley –un Título de la misma en concreto–, sino que será preciso “recorrer todo su contenido, buscando en cada Libro, Título o Capítulo los aspectos que sean en cada caso aplicables, según quien contrate y el tipo de contrato de que se trate”⁶⁶.

66. Vid. Martín Rebollo, L., en el Estudio cit., pág. 635. Vid. igualmente Santamaría Pastor, J.A. “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, cit. pág. 29 y sigs.

Ciertamente la complejidad y difícil análisis de la Ley no es algo que ayude a la lucha contra la corrupción, pero, en definitiva, puede afirmarse que con ella pueden combatirse suficientemente las conductas, antes descritas, que la representan en este ámbito de la contratación pública.

Lo importante es que se cumpla la Ley y no se incurra en cualquiera de esas conductas o que se utilice con fines torticeros alguna de las modalidades contractuales que aquella contempla, como puede ocurrir, y ocurre, con los convenios de colaboración previstos en el art. 4º.1.d) del Texto Refundido de 2011 para soslayar, en otros ámbitos, los trámites de concurrencia y publicidad. Así, por ejemplo, en la Ley General de Subvenciones –Ley 38/2003, de 17 de noviembre-. Ocurre que estos convenios canalizan frecuentemente las subvenciones previstas en los Presupuestos del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales y, por tanto, estas subvenciones están excluidas del procedimiento de concurrencia competitiva, según el art. 22.2 de la referida Ley General. Todo ello además de la defectuosa concreción legal de las entidades otorgantes de subvenciones sujetas al ámbito de aplicación de la Ley de referencia⁶⁷.

En cualquier caso, y como ya se anticipó en el apartado relativo a la corrupción, el Tribunal Constitucional ha abierto una vía de control de esas conductas incursas en corrupción al ampliar la legitimación de los Concejales y Diputados Provinciales para impugnar los acuerdos de los correspondientes órganos de gobierno de Ayuntamientos y Diputaciones en cualquier materia, incluida por supuesto, la contractual. En efecto; el art. 20 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –Ley 29/1998, de 13 de julio-, en su apartado a), establece que “no pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública ... los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente”. El art. 63.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, por su parte, establece que “junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico ... los miembros de las corporaciones que

67. Vid. Fernández Farreres, G., “Subvenciones y ayudas económicas en tiempos de crisis”, en REDA, nº 154, abril-junio 2012, págs. 19 y sigs. Vid. también la advertencia de la Moción del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales, de 30 de noviembre de 2010, “Sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas”.

hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos” Sin embargo, las SSTC 173/2004, de 18 de octubre –Sala 1ª-, 210/2009, de 26 de noviembre –Sala 2ª- reconocieron legitimación a los Concejales no integrantes del órgano administrativo que dictó el acuerdo con fundamento en que su legitimación era “ex lege” y derivaba del mandato representativo que ostentaban –que era en definitiva el mismo fundamento subyacente en la legitimación reconocida en el citado art. 63.1.b) de la LRBRL- y del interés concreto en el correcto funcionamiento de la Administración a la que pertenecían. Este mismo criterio sostuvo el TC en la Sentencia 108/2006, de 3 de abril –Sala 1ª-, relativa a los Diputados Provinciales, no obstante ser su representación indirecta⁶⁸. No cabe duda de que esta interpretación de la legitimación de los miembros electivos de las Corporaciones locales ha de significar una poderosa palanca en la lucha contra la corrupción municipal, que ha sido completada por el sistema de recursos previsto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, concretamente con el recurso especial en materia de contratación que se atribuye a un órgano independiente (Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales para la Administración General del Estado y Tribunales similares para las Comunidades Autónomas y Entidades Locales dentro del régimen establecido por el art. 41 y Disposición Transitoria 7ª del Texto Refundido de referencia), y que, aun cuando sea un recurso de interposición potestativa, tiene efecto suspensivo respecto de los actos por los que procede (art. 45 en relación con el art. 40.2 del Texto Refundido) habiéndose también reconocido legitimación para su interposición a los Concejales –legitimación, por tanto, para la vía administrativa y no sólo para la jurisdiccional- por algunos Tribunales Autonómicos (vgr. el de Aragón en su acuerdo de 9 de octubre de 2012, núm. 44/2012).

En definitiva, pese a tratarse de un sistema de recursos que adolece de las imperfecciones de ser un recurso potestativo, que no cubre todo el espectro de contratos del sector público y que no se proyecta sobre la fase de ejecución ni sobre las posibles modificaciones contractuales que suelen producirse en la misma, puede contribuir en gran medida a hacer efectivo el derecho a una bue-

68. Vid. sobre el tema, De la Torre Martínez, Lourdes, “La legitimación de los miembros de la Diputación Provincial para impugnar acuerdos de los órganos de la entidad de los que no forman parte: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2006, de 3 de abril”, Civitas REDA, nº 136/2007.

na administración y a un buen gobierno y a la obtención de resultados positivos en la lucha contra la corrupción⁶⁹.

b) La lucha contra el fraude fiscal y la economía sumergida.

Independientemente de la proyección penal o sancionadora administrativa que pudieran tener las figuras afines tipificadas en el Código Penal (Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, Tít. XIV del Código Penal) y en los arts. 183 a 206 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, fundamentalmente, en la que obviamente este trabajo no va a entrar, los conceptos acabados de mencionar, si bien son expresión de fenómenos diferentes y con causas y desarrollos distintos, están íntimamente relacionados.

En un sentido amplio, se entiende de por “economía sumergida” la actividad remunerada que, siendo legal en cuanto a su naturaleza, no es declarada a las autoridades públicas y queda, por tanto, al margen de su control y fiscalización. El fraude fiscal se incluye también en este concepto, pero puede tener una dimensión cercana a actividades declaradas que se rodean intencionadamente de circunstancias no amparadas en la Ley para eludir ingresos fiscales. Es algo distinto de la coloquialmente conocida como “ingeniería fiscal”, que responde a la utilización de sofisticados sistemas de minoración de bases imponibles o utilización de beneficios tributarios, normalmente basados en la insuficiencia o falta de previsión de las leyes tributarias propias o incluso derivados de las diferencias entre los distintos sistemas tributarios nacionales.

El importe de la economía no declarada en España oscila entre un 18,6% del PIB en 2013 y un 20%, según distintas fuentes. Pero en cualquier caso alcanzando niveles inaceptables y considerablemente alejados de otros países europeos, como Austria, Holanda o Suiza (por debajo del 10% del PIB), de Alemania (sobre un 13%) y de Francia y el Reino Unido (en torno al 10%).

69. Vid. Bernal Blay, M.A., “El sistema de tutela de la <<buena administración contractual>>: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, en REDA, nº 160, octubre-diciembre de 2013, págs. 189 y sigs. También Ponce Solé, J., “El órgano administrativo de recursos contractuales de Cataluña: un nuevo avance en la garantía del derecho a una buena administración”. Revista Documentación Administrativa, nº 288, septiembre-diciembre 2010, pág. 206.

El fraude fiscal, según el Informe 3/2013, de 20 de febrero, del Consejo Económico y Social de España sobre “Distribución de la Renta en España: desigualdad, cambios estructurales y ciclos”, podría alcanzar el 6% del PIB tomando en cuenta las estimaciones más recientes de la economía sumergida en España, que cifra en el 19,2% del PIB. Esta proporción supone un lastre para el sistema español, tanto por el lado de la suficiencia –por el importante volumen de recursos que la Hacienda deja de recaudar– como por el lado de la equidad, dado que el fraude se concentra en las rentas que no están sujetas a retención.

El mismo informe añade que en España, lejos de plantearse una reforma en profundidad del conjunto del sistema fiscal, equilibrada y con visión de futuro, han ido aprobándose, desde 2010 y por los distintos Gobiernos, de manera precipitada, descoordinada y poco meditada, múltiples reformas tributarias –en general de aumento de la fiscalidad y, consecuentemente, de signo contractivo– con la única finalidad de aumentar a corto plazo la recaudación y con ello cumplir los objetivos de reducción del déficit público comprometido con Europa.

Además de por la existencia de fraude fiscal y economía sumergida en niveles mucho más altos que los vigentes en los países –como se dice con frase manida– de nuestro entorno, es opinión común entre los expertos que España recauda poco y mal, porque, pese a tener tipos impositivos altos, la recaudación efectiva es baja. Ello se debe, sobre todo, a la profusión de mecanismos legales de elusión fiscal, a las excepciones, deducciones y bonificaciones, que explican los bajos tipos “efectivos” y la disminución de la recaudación⁷⁰. Un estudio interno de la Agencia Tributaria, actualizado al 15-8-2010, revela que la tributación fiscal efectiva, pese al tipo nominal (30% en el Impuesto sobre sociedades, 25% para las PYMES), es del 10%, esto es, el 10% de la que correspondería al referido tipo nominal.

En la actualidad parece que quiere intentarse una reforma tributaria realizada con el necesario estudio, que ha ido precedida del informe emitido por una denominada “Comisión de Expertos para la Reforma fiscal”. Pero esta futura reforma tributaria no se prevé como muy próxima en el tiempo. Desde luego debe hacerse no improvisadamente, sino con el necesario sosiego y ponderación. Pero, en cualquier caso, la lucha contra el fraude, la economía

70. Vid. por ejemplo, Fernández Mendes de Andrés, F., “España recauda poco y mal”, El País, cuarta página, 28 de marzo de 2014.

sumergida y la elusión fiscal, dentro incluso de la actual regulación del sistema tributario, no puede ni debe demorarse. Es un imperativo cuyo cumplimiento no exige de más esfuerzos que la potenciación de los medios adscritos a la Inspección de Hacienda. Sólo con que los referidos fraude fiscal y economía sumergida se redujeran a los porcentajes en el PIB de esos países próximos de la Unión Europea, daría como resultado la holgada cobertura del gasto social que nuestro Estado de bienestar exige. Que no pueda lograrse es algo muy difícil de entender para el conjunto de la ciudadanía.

c) Los controles internos y externos de la actuación pública.

a') Idea general de las funciones de control interno.

Ya se ha dicho antes que la lucha contra la corrupción, en cualquiera de sus manifestaciones, no podía, ni debía, concentrarse en la vía penal, pese a ser ésta necesaria como paso definitivo en su erradicación. Es preciso que funcionen antes los múltiples controles que las legislaciones de los Estados democráticos tienen a su alcance para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos al buen gobierno y a la buena administración, reconocido en muchos Ordenamientos, incluso con naturaleza de derecho fundamental, y a la cuya efectividad ha de contribuir, con todas sus insuficiencias, la reciente Ley española 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno.

No es posible, salvo en estudios específicos sobre el control de las Administraciones Públicas calificables de onmicomprensivos⁷¹, examinar todas las instituciones a las que puede atribuírsele la expresada función, que podría llegar, en lo que toca a los controles internos de la Administración General del Estado, desde el Gobierno y sus órganos ejecutivos a la Intervención General de la referida Administración, pasando por las Inspecciones Generales de Servicios de los Ministerios, al Consejo de Estado, Consejo Económico y Social, Abogacía General del Estado, Oficina de Conflicto de Intereses y Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios; y, en lo referente a los externos, aparte los políticos, que pueden desarrollarse dentro de las Cortes Generales, y de defensa de los derechos y deberes fundamentales, atribuidos estos al Defensor del Pueblo como Alto Comisionado de las men-

71. Vid. el completo estudio de Fernández Asenjo, J.A. "El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción (Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado)", Civitas, Thomson Reuters, 2011, esp. págs. 143 y sigs.

cionadas Cortes (art. 54 CE), se encontrarían el Tribunal de Cuentas, el Poder Judicial –integrando en su entorno al Ministerio Fiscal, especialmente a la Fiscalía Anticorrupción– y el Tribunal Constitucional.

Fácilmente puede comprenderse la imposibilidad, en este estudio, de examinar las competencias y resultados aportados por cada una de estas instituciones a la lucha por el derecho a un buen gobierno y buena administración y su consecuencia lógica de erradicación de la corrupción en la actuación de los poderes públicos en su sentido más general. Pero ya de esta rápida enumeración puede sacarse la conclusión de que, en España, instituciones dedicadas a las finalidades acabadas de mencionar (lucha por el buen gobierno y buena administración y contra la corrupción) no es lo que falta precisamente. En términos generales, sin embargo, no puede decirse que se hayan alcanzado óptimos resultados: unas veces, por actuaciones meramente formales y carentes de las necesarias profundidad y transparencia; otras, por cortedad en las competencias o por carencia de medios.

En cualquier caso, porque su importancia lo merece, voy a destacar, con la brevedad necesaria, la labor que desempeñan y pueden desempeñar, con las pertinentes mejoras, la Intervención General de la Administración del Estado y los cuerpos de Secretaría e Intervención de las Corporaciones Locales con habilitación nacional, por lo que respecta a los controles internos de la actividad de todas las administraciones públicas.

La Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) se rige por la Ley General presupuestaria (LGP), Ley 47/2003, de 26 de noviembre, Título VI, arts. 140 a 175, inclusive, y su función viene recogida en los arts. 140.2 y 148, que establecen, respectivamente, que le incumbe “el control interno de la gestión económica y financiera del sector público estatal, con plena autonomía respecto de las autoridades y demás entidades cuya gestión controle”, y que su objeto es “controlar, antes de que sean aprobados, los actos del sector público estatal que den lugar al reconocimiento de derechos o a la realización de gastos, así como los ingresos y pagos que de ellos se deriven, y la inversión o aplicación en general de sus fondos públicos, con el fin de asegurar que su gestión se ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso”.

La autonomía funcional que tiene reconocida (art. 144.2), aunque mejorable⁷², abre el paso a esta institución para una eficaz lucha contra el despilfa-

72. Vid. Pascual García, J. “Régimen Jurídico del gasto público: presupuesto, ejecución y control”, BOE, Madrid, 2005, págs. 811 y sigs. También, Rodríguez Bereijo, A. “Los fundamentos constitucionales

rro y la corrupción al poder fiscalizar y auditar la actividad financiera del Estado sin sumisión a órdenes superiores ni a resistencias de los órganos auditados. Piénsese que, en materia de control financiero permanente, la LGP, al tratar de su contenido [(art. 159.1 f)], reconoce que comprende “el análisis de las operaciones y procedimientos, con el objeto de proporcionar una valoración de su racionalidad económico-financiera y su adecuación a los principios de buena gestión, a fin de detectar sus posibles deficiencias y proponer las recomendaciones en orden a la corrección de aquellas”. Y no sólo eso, sino que el control financiero, al comprender la verificación de la eficacia y eficiencia y éste último al comprender también “el análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento o utilidad de los respectivos servicios o inversiones, así como el cumplimiento de los objetivos de los correspondientes programas” (art. 2º 3, pº 3º del Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre), significa, junto al resto de los controles que la IGAE tiene encomendados, una poderosa arma en la lucha por el buen gobierno y contra la corrupción. Y ello pese a que la autonomía funcional no equivale a absoluta independencia –puesto que se trata de un control interno que en último término aparece encuadrado en las competencias del Gobierno- y pese a que el control de eficacia no autorice a “emitir juicio sobre las decisiones de carácter político” (“in fine” en el citado pº 3º del art. 2º.3 del Real Decreto 2811/1995). Esta restricción, sin embargo, no puede interpretarse como un obstáculo a la denuncia, mediante el oportuno reparo, de la financiación de gastos manifiestamente representativos de despilfarro. Hay ejemplos clamorosos que no es preciso citar por lo conocidos.

Respecto de los controles internos en el ámbito de las Administraciones Autonómica y Local, la estructuración de su régimen presupuestario y de control pertenece al contenido organizativo que deben contener los diferentes Estatutos de Autonomía [(art. 147.2.c) CE] dentro del marco de sus competencias y del establecido por las bases que, en desarrollo de la regla 18ª del art. 149.1 CE, haya aprobado el Estado. Por consiguiente, habrá que acudir a las distintas leyes por las que se regulan la Hacienda y las Finanzas de las Comunidades Autónomas y su régimen económico y presupuestario, amén del determinado

del control interno de la actividad financiera del Estado”, en la obra colectiva “Eficacia y Legalidad en la Gestión Pública”, IGAE, Madrid, 1993.

por la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, sucesivamente modificadas⁷³.

Interesa, sin embargo, hacer una breve referencia al régimen establecido en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, concretamente en su Disposición Adicional Segunda, acerca de las funciones públicas, en las corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de carácter estatal, por la importancia que las mismas tienen para asegurar un recto e independiente control interno que sirva de apoyo al buen gobierno y buena administración y por la necesidad de evitar la politización y patrimonialización de la función pública en este ámbito, tan denunciadas en nuestro días⁷⁴.

Estas funciones reservadas son las de Secretaría, que comprende la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo, así como el control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y la contabilidad, tesorería y recaudación.

A su vez, la escala que integran estos funcionarios especialmente habilitados se subdivide en tres subescalas: la de Secretaría, a la que corresponden las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo; la de Intervención-Tesorería, que desempeña las funciones de gestión económico-financiera y presupuestaria, a más de las de contabilidad, tesorería y recaudación; y la de Secretaría-Intervención, que puede integrar las dos anteriores salvo la de Tesorería (Disp. Ad. 2ª, aps. 1 y 2).

Aunque el sistema de provisión es el del concurso –con lo que, al menos nominalmente, se aseguran los principios de mérito y capacidad-, sin embar-

73. Vid. Santamaría Pastor, J.A., “Las Comunidades Autónomas y el Control Económico-Financiero”, PGR, 113/1982.

74. Vid. “Pasado, Presente y Futuro de la Función Pública (entre la politización y la patrimonialización)”, Fuenteaja Pastor, J.A., Civitas, Fundación Alfonso Martín Escudero, Thomson Reuters, con Prólogo de Parada Vázquez, R., 2013. Sobre el régimen presupuestario de las Entidades Locales, vid. Lozano Serrano, C. “El control de la Hacienda Local por el Estado y las Comunidades Autónomas”, en “Autonomía y financiación de las Haciendas Municipales”, IEF, Madrid 1981, y Alarcón García, G., “Las bases de ejecución del Presupuesto General de los Municipios”, RHL, nº 79/1997.

go, cuando se trata de los Municipios de gran población a que se refiere el art. 121 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local –Ley 7/1985, de 2 de abril- y también para las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, se establece la posibilidad de cubrirlos por el sistema de libre designación. Aunque esta posibilidad se califica de excepcional (Disp. Ad. 2ª, ap. 5), solamente se supedita el nombramiento a la autorización expresa de la Administración que ejerza la tutela financiera cuando se trate de puestos de trabajo que tengan asignadas las funciones de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y la de contabilidad, tesorería y recaudación. No parece que sólo con esta autorización quede garantizada en su plenitud la independencia. El concurso en ningún caso debería eliminarse.

Por lo demás, la convocatoria de la oferta de empleo para cubrir las vacantes correspondientes a los mencionados funcionarios con habilitación de carácter estatal corresponde a las Comunidades Autónomas y la acreditación de la referida habilitación al Ministerio de Administraciones Públicas, con el que aquellas –las Comunidades- deberán mantener la pertinente comunicación (Disp. Ad. 2ª, ap. 4)⁷⁵.

La importancia que supone la garantía de independencia en estos funcionarios no puede minimizarse. Sería, por ello, conveniente que los informes que, en cumplimiento de su cometido, emitiesen acerca de la gestión económico-financiera de los entes públicos a que aparecieran adscritos, fueran directamente destinados a los órganos plenarios de dichas entidades, a fin de que su independencia pudiera tener consecuencias efectivas en la buena marcha de aquellos y estuviera conectada con el principio de pluralismo democrático que las sustenta, inclusive con una previsión específica en las obligaciones de transparencia que impone la reciente, y antes mencionada, Ley de Transparencia 19/2013, de 9 de diciembre.

b') Los controles externos de la actividad pública: el Tribunal de Cuentas, la Justicia Ordinaria y la Justicia Constitucional.

No puede cerrarse una enunciación de las alternativas posibles al sacrificio de derechos económicos y sociales –que constituyen la base del Esta-

75. Vid. Ortega Alvarez, L. “La incidencia del desarrollo del Estado autonómico, sobre la concepción del sistema de la habilitación nacional de funcionarios locales”, RAP, nº 153, septiembre-diciembre de 2000, págs. 301 y sigs.

do Social y Democrático de Derecho que proclama nuestra Constitución- sin hacer una referencia a la necesidad de efectividad de la labor que los controles externos significan para el ejercicio de la actividad pública, a fin de que el derecho a un buen gobierno y a una buena administración no quede reducido a una aspiración puramente retórica.

1. El Tribunal de Cuentas.

El Tribunal de Cuentas, supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público, como lo define y configura el art. 136 de la Constitución, es la institución más capacitada y mejor estructurada para hacer efectivos los principios, tan traídos y llevados, del buen gobierno y la buena administración en su vertiente primordial de la gestión económico-financiera pública. Su dependencia directa de las Cortes Generales, el régimen de nombramiento de sus Consejeros, con un estatuto similar al de los Jueces, la independencia orgánica y funcional que sus Leyes Orgánica y de Funcionamiento –Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y Ley 7/1988, de 5 de abril- le aseguran y sobre todo la amplitud de sus dos básicas funciones (la de fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del sector público, y la de enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos) le convierten en una pieza fundamental para el logro del fin más que urgente de erradicación del despilfarro y la corrupción y de preservación de nuestro Estado Social.

Es cierto que se echa de menos en el desempeño de sus funciones, sobre todo de la de fiscalización, el reconocimiento para el Tribunal de una completa capacidad investigadora, que sin embargo es reconocida a los controles internos (vgr. la Inspección de Hacienda), hasta el punto de que no puede alcanzar la contabilidad y documentación de sujetos privados salvo que estos sean perceptores de subvenciones, avales u otras ayudas procedentes del sector público. Ciertamente también que la naturaleza consuntiva de su función fiscalizadora puede dar lugar a entender que la misma ha de partir de la realidad de “cuentas rendidas” y no sólo de actos realizados por entidades inscritas en el “sector público” y que este último concepto –el de sector público- está insuficientemente delimitado, porque pueden surgir dudas acerca de si serían fiscalizables por el Tribunal modalidades de actuación de entes no integrados formalmente en el mencionado sector, pero realizadas con arreglo a un procedimiento público determinado,

y actividades de entes pertenecientes al sector público, pero realizadas conforme a un procedimiento diseñado “ad hoc” por el propio ente⁷⁶. Y cierto asimismo que, en virtud de estas carencias y de la poca o nula repercusión pública que tiene la censura del Tribunal de Cuentas cuando, en sus informes, memorias, nociones o notas dirigidas a las Cortes Generales, refleja actuaciones ilegales o contrarias a los principios de eficiencia y economía realizadas por entidades integrantes del tan repetido sector público, puede afirmarse que se trata de una institución de control externo insuficientemente utilizada.

Pero, al lado de estas realidades o insuficiencias, no es menos cierto que la universalización del ámbito de actuación del Tribunal, tanto desde el punto de vista subjetivo como material, ha llevado a que, en el desempeño de sus funciones, se haya superado la anquilosada figura de un órgano dedicado en exclusiva al control externo de las cuentas públicas para extenderla, mediante los controles de legalidad, eficiencia y economía, a garantizar la efectividad de que los gastos públicos respondan a estos criterios en su programación y ejecución, tal y como preceptúa el antes examinado art. 31.2 de la Constitución⁷⁷.

Ha de constatar, en este sentido, que el Tribunal de Cuentas tiene reconocida plena competencia para programar las fiscalizaciones que haya de llevar a cabo [(art. 3.a) de la Ley de Funcionamiento] y que puede seleccionar perfectamente objetivos dirigidos a mejorar la gestión pública en los más variados frentes y a luchar contra la corrupción. Buena prueba de ello es la fiscalización efectuada sobre el Ayuntamiento de Marbella y sus sociedades mercantiles participadas en el período comprendido entre el 1º de enero de 2002 y el 21 de abril de 2006.

También ha de resaltarse las posibilidades que el Tribunal tiene, aun en el marco de su actual regulación, para fiscalizar en profundidad la gestión de entidades que hayan incumplido su deber de rendición de cuentas, a fin de evitar que sea de peor condición el gestor público que cumple con esa obligación que

76. Acerca de este último problema, Rodríguez Castaño, A.R., en el trabajo “insuficiencia del concepto subjetivo del Sector Público como delimitador del ámbito fiscalizador del Tribunal de cuentas”, de próxima aparición en *Revista Española de Control Externo*, nº 45, que he podido consultar por gentileza del autor.

77. Vid. al respecto, Fernández Ajenjo, J.A., “El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción”, cit., págs. 353 y sigs.

el que la omite⁷⁸ y, en definitiva, como ha destacado una abundante doctrina, para luchar contra la corrupción⁷⁹.

En último término, con la corrección de las deficiencias apuntadas, principalmente mediante la atribución de auténticas facultades inspectoras al Tribunal; con el incremento necesario de sus medios, dada la profundidad de las nuevas exigencias en su actuación; con el establecimiento, incluso, de una amplia unidad de lucha contra la corrupción, reitero que el Tribunal de cuentas constituye la institución más preparada para potenciar el derecho a un buen gobierno y a una buena administración y, consecuentemente, para hacer posible la financiación sin restricciones de las bases en que se asienta el Estado Social. También ha de contribuir a ello la segunda de las funciones del tribunal de Cuentas, la de enjuiciamiento de las responsabilidades “contables” en que puedan incurrir quienes manejen caudales o efectos públicos, si bien la adjetivación como “contable” de esta jurisdicción impide una extensión de la misma a costa de los principios de unidad y exclusividad que caracterizan el Poder Judicial⁸⁰.

78. Vid. Alvarez de Miranda García, R., en “Ponencia presentada en la mesa redonda sobre la fiscalización del Tribunal de cuentas”, en RECE, nº 12, 2002, págs. 113.

79. Vid. Fernández Díaz, A. op. cit., pág. 35; Pascual García, J., “La modificación de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas”, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 148, 1994; Velarde Fuertes, J., “El Control externo de los gastos públicos”, Revista Presupuesto y Gasto Público, nº 18, 1996; Núñez Pérez, M. “Reforma de la legislación del Tribunal de Cuentas: Fiscalización” RECE, nº 12, 2002; García Crespo, Milagros “El control de la gestión pública por el Tribunal de Cuentas”, RECE, nº 3, 1999; Nieto de Alba, V., “Ética y control ante la corrupción y el blanqueo de capitales”, RECE, nº 23, 2006; Martín Martín, P., “Posibilidades y limitaciones de la jurisdicción contable ante la corrupción” cit., RECE, nº 3, 1999.

80. Sobre la problemática de la jurisdicción contable, vid. mis trabajos: “Las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España”, Servicio de Publicaciones del Tribunal de cuentas, 1984, publicado también en Civitas, REDA, nº 39, 1984, págs. 515 y sigs. También “La Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y su Ley de Funcionamiento”, RAP, nº 122, mayo-agosto de 1990, págs. 131 y sigs. Igualmente “Poder Judicial y Tribunal de Cuentas”, RECE, nº 12, 2002, págs. 129 y sigs. Vid igualmente, Medina Guijarro, J. “El futuro del enjuiciamiento contable. Mesa Redonda” RECE nº 12, 2002, págs. 129 y sigs. Del mismo con Pajares Jiménez, J.A., “La función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas como su propia jurisdicción en la historia y en la Constitución Española” RECE nº 21, 2005.

2. La Justicia Ordinaria y la Justicia Constitucional.

Como al principio puse de relieve, la justicia ordinaria constituye la última pieza –la de cierre- de la organización jurídico-política que conocemos como Estado de Derecho, por la elemental premisa de que sin garantía efectiva y seria de los derechos de los ciudadanos –tanto en sus relaciones internas como en las que necesariamente han de mantener con los poderes públicos- no sólo no hay Estado de Derecho, sino posibilidad alguna de convivencia.

Ocurre, sin embargo, que la percepción ciudadana contempla, sobre todo últimamente –y me refiero a la última década-, que, lejos de ser la pieza que cierra el sistema, la Justicia aparece como la primera en el mantenimiento de los derechos y en la solución, directa o indirecta, de los conflictos provocados por las restricciones derivadas de la actual crisis, y no debe ser así. Si la actuación de la Justicia pudiera ir precedida –al menos en su versión penal- de puntuales informaciones de los órganos de control interno y externo tan pronto hubiesen detectado en sus investigaciones claros indicios de despilfarro o de corrupción, no cabe duda alguna de que se vería apoyada sobremanera, al no tener que depender, casi exclusivamente, de denuncias particulares y no tener que partir –como ahora en general sucede- prácticamente de cero en su propia investigación. No quiere esto decir que la Jurisdicción ordinaria deba limitar sus fuentes de actuación como si se tratara de un poder residual, ni mucho menos. Lo que quiere significarse es lo acortado, en volumen de investigación y tiempo, que esta acentuada intercomunicación con la Justicia produciría. Claro que ello exigiría también un considerable aumento en los medios personales y reales de que disponen los referidos órganos de control, la Fiscalía Anticorrupción y la Justicia, aunque, preciso es decirlo, siempre sería menor, económicamente hablando, que la continuación o perpetuación de la aparente situación actual de impotencia en que nos encontramos.

Pero no sólo la justicia penal realiza una trascendental función en la erradicación de la corrupción mediante el enjuiciamiento de conductas constitutivas de delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (Título XIII del Código penal, y especial mención merece la nueva figura delictiva incorporada a éste por la Ley Orgánica 5/2010), de 22 de junio, en el art. 282 bis, de falseamiento de informaciones relativas a instrumentos financieros para captar inversores o depositantes o colocar cualquier tipo de activo financiero) o de delitos contra la Administración Pública (Título XIX del Código penal,

con las modificaciones ampliatorias de los delitos de cohecho, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función y corrupción en las transacciones comerciales internacionales introducidas por la precitada Ley 5/2010), sino que, en este punto, es preciso destacar la labor realizada por el Ministerio Fiscal, principalmente tras la creación por la Ley 10/1995, de 24 de abril, de la “Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción”, con sus competencias concretadas en la modificación que, en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, de 30 de diciembre de 1981, introdujo la Ley 24/2007, de 9 de octubre, y cuyos resultados “in crescendo” publica anualmente, con motivo de la apertura de cada Año Judicial, la Memoria del Fiscal General del Estado.

Pero también los restantes órdenes jurisdiccionales –civil y social principalmente- intervienen en aspectos puntuales, pero significativos, de protección de derechos sociales, incluidos en el elenco de los que recoge el capítulo III del Tít. I de la Constitución como “principios rectores de la política social y económica”.

Así ha sucedido con el derecho reaccional del deber de los poderes públicos de garantizar “la defensa de los consumidores y usuarios y de proteger, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y legítimos intereses económicos de los mismos” (art. 51.1 CE), concretamente cuando la justicia ha reaccionado planteando, incluso de oficio, cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en que se denunciaba el carácter abusivo de determinadas cláusulas contractuales, contrarias, por tanto, no sólo al aludido precepto constitucional, sino también al art. 38 de la Carta a los Derechos Fundamentales de la Unión europea, que dispone, en la actualidad con pleno valor normativo –el mismo que los Tratados, como al principio quedó dicho-, que “en las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores”.

Últimamente, en esta situación de crisis económica y fundamentalmente financiera, no parece que la libertad y autonomía individual de las partes en un contrato y su sustancial y equilibrada posición, que fueron siempre el sustrato del Libro IV del Código Civil, sean hoy los prevalentes en un mundo en que “los mercados” –sin que se sepa a ciencia cierta lo que se quiere expresar con esta tan traída y llevada locución, a no ser que se la identifique con los más

potentes grupos de inversión financiera o de gestión de capitales- parecen ser los que predeterminan el contenido contractual del acceso al crédito y el condicionado de los riesgos que ello implica. Por eso, hay que saludar la oportunidad del planteamiento por nuestros Tribunales de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo, en virtud de las cuales ha sido acogida la nulidad derivada del carácter abusivo de determinadas cláusulas contractuales (así calificadas cuando reúnen los requisitos establecidos en la Directiva 93/13/CEE del Consejo de Europa, de 5 de abril de 1993, y, en nuestro Derecho, en el art. 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) y ha determinado, vgr., la nulidad de las “cláusulas suelo” en materia de interés con tope mínimo –por debajo del cual no puede beneficiarse el deudor prestatario de las rebajas en los tipos de interés que se produjeran no obstante tratarse de contratos de préstamo hipotecario a interés variable y de estar obligado, sin embargo, a satisfacer sin límite los aumentos-, o de las situaciones derivadas de la imposibilidad, en un procedimiento civil de ejecución hipotecaria o monitorio, de fórmular motivos de oposición distintos de la extinción de la obligación garantizada o el error en la determinación de la cantidad exigible y haberlos dereservar al juicio declarativo correspondiente⁸¹, que ha provocado la promulgación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que, al menos parcial, tímida y temporalmente, puede evitar lanzamientos de deudores hipotecarios de viviendas habituales que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión, aunque no muchos, por cierto, dadas sus estrictas condiciones de aplicación.

Interesa también, en este papel central que está desempeñando la Justicia en la defensa de los derechos ciudadanos, hacer referencia a la trascendencia que, en el actual contexto económico y social, tiene el tiempo en la resolución de los conflictos planteados y en los venideros. Sabido es que la economía en el tiempo no puede desconocer la esencia de la Justicia como poder garantizador.

81. Vid., vgr., las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid-Ausbanc) y de 14 de marzo de 2013 (Mohamed Aziz C-415/2011), así como las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2010, de 2 de marzo de 2011, y las de 18 de junio de 2012, 17 de abril de 2013 y 9 de mayo de 2013, esta última muy polémica por la irretroactividad que pronuncia sobre la declaración de nulidad. Vid. sobre el tema Sotillo Martí, A. “Consumidores y Sistema Financiero. Un balance decepcionante”, Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación”, nº 81, 2013. Vid. igualmente Gimeno Seúdra, V. “Las cláusulas abusivas”, Diario “La Ley”, 8 al 14 de julio de 2013, págs. 6 y sigs.

De ahí precisamente –y es lo que quiero ahora resaltar- la importancia creciente de las medidas cautelares precisas para asegurar la efectividad de la tutela judicial que ha de concretarse en la sentencia o resolución que ponga término a la controversia. Nuestra legislación contiene la suficiente regulación sobre la materia y la doctrina siempre ha destacado la necesidad de su práctica dentro, claro está, de las garantías necesarias que su adopción ha de comportar⁸². En cualquier caso, la excesiva dilatación de los procesos en el tiempo, singularmente de los relacionados con la regresión de la corrupción, conducen a que la percepción ciudadana los considere como una suerte de “paseos televisivos” que a ningún resultado práctico sirven.

En lo que toca a la Justicia Constitucional, los indudables problemas políticos que originan muchas de las medidas restrictivas adoptadas a nivel estatal, autonómico o local con motivo de la crisis, acabarán teniendo que ser valorados por el Tribunal Constitucional, en tanto un buen número de ellas –por no decir la mayoría- han sido impugnadas de inconstitucionalidad o por incompetencia, aparte los recursos de amparo que ha determinado –y que determinará- la aplicación concreta de las normas mediante las que se ha llevado a cabo la puesta en marcha de las referidas medidas de regresión. Ciertamente, el Tribunal Constitucional, que todavía no ha podido pronunciarse sobre la mayor parte de las impugnaciones producidas en la materia acabada de expresar, realizará la valoración apuntada con arreglo a estrictos criterios jurídico-constitucionales y no desde la perspectiva de su evidente carga política. Pero, aunque en este sentido la competencia del Tribunal es limitada –porque no puede decidir con arreglo a criterios de oportunidad, eficiencia o economía u otros de clara naturaleza política-, como quiera que le incumbe, como Supremo intérprete de la Constitución (art. 1º de su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, y Título IX de la Norma Fundamental), la garantía de ésta también en tiempo de crisis, tendrá, sin duda, la preciosa ocasión de analizar y valorar tanto la proporcionalidad de las tan repetidas medidas restrictivas de derechos, como el ejercicio de ponderación llevado a cabo por el legislador al contraponer el interés público aducido como fundamento de la norma restrictiva con el interés

82. Vid. vgr. el Tít. VI de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con esta rúbrica precisamente, y en la doctrina, García de Enterría, E. “La batalla por las medidas cautelares (Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español)”, Civitas, Madrid, 1992. También Chinchilla Marín, C., “La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa”, Civitas, Madrid, 1991.

en la mejor garantía y protección de los derechos que encuentran su configuración o su fundamento en la Constitución misma⁸³.

No podrían cerrarse estas consideraciones generales sobre el papel de la Justicia Constitucional en la garantía de los derechos a que viene haciéndose referencia en este estudio sin aludir, en materia de admisibilidad del recurso de amparo, a la conveniencia o, si se quiere, necesidad, de incardinar, entre los supuestos abiertos de especial trascendencia constitucional que consideró la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, ap. g), los que se refieran a la determinación del alcance y límites constitucionales concurrentes en las aplicaciones de las medidas regresivas de dichos derechos. Todo ello a efectos de cumplir con la exigencia introducida en los arts. 49.1 y 50.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal por la Ley 6/2007, de 24 de mayo.

Y termino.

VIII.- Epílogo

La crisis económica, que abiertamente desde 2009 nos atenaza, ha supuesto que el legítimo ejercicio de la potestad financiera por los Estados, tanto en su vertiente de los ingresos como en la de los gastos, haya provocado un importante aumento de las cargas y obligaciones de los ciudadanos a la par que una reducción de ingresos, un aumento de esfuerzos fiscales, una modificación peyorativa de las condiciones laborales y una devaluación también de los derechos prestacionales, tales como los derivados de la Seguridad Social, dependencia, salud, educación, justicia, etc. Por otro lado, no es infrecuente que nos encontremos con actuaciones del Estado y resto de las Administraciones Públicas dirigidas a buscar nuevas modalidades de recursos mediante la utilización de los instrumentos existentes en forma distinta

83. Una manifestación de este tipo de examen puede verse, vgr., en los interesantes Autos del tribunal sobre levantamiento o mantenimiento de suspensión, concretamente en los AATC 147/2012, de 16 de julio, en que se levanta la suspensión de la resolución de la Dirección General del Servicio Andaluz de Salud sobre convocatoria de la “subasta de medicamentos”; 238/2012, de 12 de diciembre, que levanta también la suspensión del Decreto-Ley andaluz 3/2011, de aprobación de medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía; y 239/2012, de 12 de diciembre, igualmente de levantamiento parcial del Decreto Vasco 114/2012, sobre régimen de las prestaciones sanitarias y del Sistema Nacional de Salud de Euskadi.

a su propia naturaleza o finalidad (vgr. la utilización de las tasas para financiar servicios públicos esenciales como la educación, la sanidad o la Justicia, que con anterioridad se financiaban principalmente con impuestos) y, además, no introducidas como medidas provisionales supeditadas a la vigencia de la crisis, sino con clara vocación de permanencia.

Sin duda alguna que se deben hacer los esfuerzos necesarios para poder superar la crisis financiera y de empleo cuanto antes mejor –y en este punto es justo celebrar noticias como la del incremento en un 0,4% del PIB en el primer trimestre de este año-, pero, aparte de que lo necesario es que la recuperación trascienda el nivel meramente estadístico y penetre en la realidad social prontamente, lo que no puede justificarse en un Estado Social y Democrático de Derecho es una visión puramente subsidiaria de los derechos sociales, que prácticamente los reconvierta en un producto mercantil. Ello implicaría degradar la posición del ciudadano como titular de derechos –fundamentales, constitucionales y económicos y sociales aunque precisen estos la intermediación legal para su completa efectividad- a la de mero consumidor de bienes o servicios mercantiles.

A lo largo de este estudio he intentado demostrar la vigencia de la fórmula o cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho que proclama la Constitución y de su contenido esencial, así como la de los derechos fundamentales, constitucionales y la de los derechos fundamentales derivados de los principios rectores de la política social y económica –que, no se olvide, no por recomendación, sino por mandato constitucional han de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos-, vigencia procedente de la normatividad de la Constitución, que muchas veces parece olvidarse bajo el manto de términos de apariencia incontrovertible como racionalización de sistemas o del gasto, sostenibilidad financiera, mejora de procedimientos, optimización de prestaciones, etc. Del mismo modo, ésta cláusula está reconocida en la Unión Europea, tanto en los Tratados como en la Carta de Derechos Fundamentales. El principio de estabilidad presupuestaria, que aceleradamente recogió la modificación del art. 135 de nuestra Constitución, no impone la restricción de los derechos que conforman el contenido del Estado Social, sino la desviación en el déficit presupuestario que traspase los límites establecidos en la Unión Europea sin singularizar los ámbitos en que debe materializarse el ajuste. Achacar a la crisis económica la regresión del Estado Social o concentrar en éste, casi exclusivamente, los ajustes que aquella exige

equivale a sostener, a modo de una hipocresía normativa, que la configuración y contenido de los derechos sociales y económicos, en nuestra Constitución y en el Derecho Comunitario Europeo, son un simple deseo que sólo será factible cuando las circunstancias económicas lo permitan. Pero para poder razonar así será preciso trasladar a los textos normativos correspondientes esa dependencia, cosa que, en ninguno de los Estados que componen la Unión Europea, ni por supuesto en el nuestro, nadie se ha atrevido a realizar. Antes al contrario, en todas las declaraciones políticas se suele poner de relieve la vigencia y necesidad de mantenimiento del Estado Social que tantos esfuerzos ha costado convertir en realidad, sobre todo en los niveles alcanzados en el marco comunitario europeo.

No es pecar de optimismo exagerado pensar que la crisis económica pueda superarse sin repercusión alguna en los niveles del contenido de esta fórmula jurídico-constitucional afortunadamente vigente en nuestras sociedades. Pero sí constituye un deber de primer orden llegar a las restricciones en este marco después de haber agotado las posibilidades de hacerlo en otros no específicamente protegidos por mandatos “directos” de la Constitución y después de haber puesto en práctica real, y no puramente teórica, los resultados de las alternativas posibles que ofrecen, como he intentado sintetizar, la equitativa asignación de los recursos públicos, la realización efectiva del derecho a un buen gobierno y a una buena administración y la lucha contra el despilfarro y la que suele ser su consecuencia, que no es otra que la corrupción.

En este punto, bienvenidas sean las leyes que potencian la transparencia y buena gestión o que endurecen las sanciones y penas con que se han de castigar todas las manifestaciones del actuar corrupto, que ensombrece la nobleza de la profesión política, en tanto que destinada a la satisfacción del interés general, y desanima y aparta a los ciudadanos de sus deberes de contribución al sostenimiento del Estado que configura la Constitución. Pero no sólo con leyes se logran los resultados positivos que todos ansiamos y esperamos. Es más importante que se cumplan y se respete la independencia y actuación de las instituciones –que, como se ha visto, no son pocas precisamente- encargadas de asegurar el logro de los fines que las leyes referidas persiguen, fundamentalmente las de control externo –Tribunal de Cuentas- y las integrantes de la garantía que significan el Ministerio Fiscal y la Justicia mediante una potenciación auténtica –y no meramente nominal- de sus medios. Si se hiciera así, al menos algo positivo podría derivarse de esta crisis.

MUCHAS GRACIAS.



VNIVERSITAT DE VALÈNCIA