

CONFERENCIA

“Gasto público, estado social y estabilidad presupuestaria”



Álvaro Rodríguez Bereijo
*Presidente Emérito del Tribunal
Constitucional*

Madrid, 17 de febrero de 2014

***“Cuidad el desempleo y el
Presupuesto se cuidará a sí mismo”***
(John Maynard KEYNES, 1932)

El gasto público en perspectiva constitucional: de la Constitución de 1978 a la reforma constitucional de 2011.

La profunda crisis económica y política de España ha devuelto a la Hacienda Pública el protagonismo en el gobierno de la Nación. Y dentro de la Hacienda pública, a los problemas del gasto público - su presupuestación, gestión y control - a menudo olvidados por hacendistas y políticos con una visión asimétrica del fenómeno financiero, centrada en los problemas del reparto de la carga tributaria pero con abandono de los problemas correlativos de la asignación del gasto público y de los “principios” de su distribución; lo que puede conducir a una visión esquizofrénica de las finanzas públicas en que la Hacienda destruya con la mano del gasto público lo que ha edificado trabajosamente con la mano de los ingresos. Porque en la Hacienda Pública sea por el lado de los ingresos como por el lado de los gastos públicos, son juegos de suma cero, el beneficio o ventaja de uno otro lo paga. Y en contra de la percepción sobre los bienes públicos a que son tan proclives los ciudadanos, no existen bienes y servicios públicos gratuitos o sin coste; la malversación o el despilfarro del gasto público, lo mismo que el fraude fiscal, se traduce siempre para los ciudadanos en nuevos o mayores impuestos o en un mayor endeudamiento público **(1)**.

El protagonismo del gasto público en la gestión de la moderna Hacienda pública ha añadido nuevos perfiles al Presupuesto del Estado, acentuando su papel de institución básica en la organización política que siempre ha tenido, aunque en el pasado quizás más por razones puramente políticas o constitucionales y ahora más por razones de gobierno de la economía.

Una parte muy importante de los recursos económicos, además del mercado, se asignan mediante un *proceso político* que tiene su centro en los Presupuestos del Estado. Las

estrategias para hacer frente a la crisis económica y fiscal sea mediante el incremento de la carga tributaria o mediante la reducción del gasto público y de la política social de bienes o servicios públicos expresan planteamientos políticos que acaban reflejándose en los Presupuestos Generales del Estado. Y ello ha situado en el centro de la pugna política y de la preocupación social la cuestión de *cuánto* se gastará y *cómo* será distribuido un volumen de gasto público inimaginable años atrás. La opinión pública es cada vez más consciente de que lo importante de la actividad financiera del Estado no es tanto la cuantía de los impuestos que está obligada a pagar como el empleo o destino que se da a su recaudación o producto. **(2)**

La pregunta que cabe hacerse es ¿por qué el debate del Presupuesto que históricamente ha constituido la más alta expresión del poder del Parlamento y del control sobre el Gobierno, ha perdido importancia hasta convertirse en un debate ritual dirigido más hacia cuestiones políticas generales que pudieran atraer la atención de la opinión pública hacia tal o cual partido político o a exigencias clientelares de determinados grupos sociales que hacia un examen serio y riguroso de las grandes decisiones de gasto y su coherencia con la ordenación de la economía?.

Hace años GARCÍA AÑOVEROS **(3)** escribía que la Constitución española de 1978 “no se preocupa tanto de los problemas económicos del Presupuesto como de las características que le imprime su funcionalidad en la organización política; el Presupuesto es, ante todo, para la Constitución, una piedra de toque de la distribución del poder entre los distintos órganos políticos”. Desde el punto de vista de las preocupaciones de los constituyentes, el Presupuesto “es cuestión de poder político y de equilibrio entre poderes, no de equilibrio económico”. Y añadía, “no hay, por tanto, en la Constitución, prevenciones contra el déficit y no se crean mecanismos constitucionales para controlarlo, no existe mandato alguno que le afecte. En realidad, la trascendencia económica del Presupuesto es cuestión de poder político y equilibrio entre poderes. No es, para la Constitución, de equilibrio económico”.

Las preocupaciones de los constituyentes en 1977 en el momento de redactarse la Constitución eran: la “consecución de un Estado de bienestar con amplias prestaciones sociales, presión fiscal elevada, sector público amplio; todo ello en un régimen básico de libertad de empresa y propiedad privada de los medios de producción, pero con muy fuertes sectores públicos” [...]; “modernizar a España significaba entre otras cosas, aumentar el gasto público, en cuanto ello implicaba aumentar las inversiones y los servicios públicos y las prestaciones sociales [...]. En tales circunstancias, a nadie debe extrañar que en la Constitución de 1978 no aparezca por ningún sitio una preocupación anti-gasto público, ni reticencia ni desconfianza alguna respecto de su volumen o de su crecimiento. Nada de las ideas sobre contención del gasto público como criterio básico de ordenación de la economía”.

La preponderancia de la visión política del Presupuesto en la Constitución respecto de su instrumentalidad al servicio de la economía tiene un claro reflejo en la casuística de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, centrada primordialmente en los aspectos competenciales y procedimentales de la ley de Presupuestos como categoría dogmática. Un

gran número de sentencias (el mayor, sin duda) se concentra en la cuestión dogmática de cuál sea el lugar de la ley de Presupuestos dentro de nuestro sistema de fuentes del Derecho y la vieja cuestión - que ocupó parte de la historia del Derecho público europeo desde la segunda mitad del siglo XIX - de la naturaleza, legislativa o no, de la función parlamentaria de aprobación de los Presupuestos. O lo que es lo mismo, por el sentido del principio constitucional de legalidad presupuestaria del art. 134. 1 C.E. y si estamos ante una auténtica reserva de ley o, por el contrario, es una reserva de competencia.

La reforma constitucional del art. 135 C.E. y la vinculación a las normas del Derecho comunitario europeo derivadas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la UE (con la primacía y efecto directo que las caracteriza), con limitaciones al crecimiento deficitario del gasto público y disponiendo previsiones constitucionales *explícitas* al déficit presupuestario y al endeudamiento públicos, han cambiado por completo la perspectiva del Derecho presupuestario abriéndolo más claramente a su conexión con la evolución de la economía.

La reforma constitucional del art. 135 C.E. entraña una cesión de soberanía en materia financiera y presupuestaria a la Unión Europea (Comisión, Consejo y Banco Central Europeo) que refuerza el gobierno económico de la UE ampliando sus potestades de coordinación de las políticas económicas nacionales y de supervisión sobre los Presupuestos nacionales de los Estados miembros de la zona del euro en orden a asegurar la sostenibilidad de las finanzas públicas.

Es una cesión de soberanía que altera el equilibrio de la división de poderes entre el Parlamento y el Gobierno en materia presupuestaria establecido en la Constitución (art. 134 C.E.) y limita, en favor de las autoridades europeas, su libertad de configuración en el ejercicio de sus competencias constitucionales dentro de todas las fases del ciclo presupuestario de elaboración, aprobación y control de los Presupuestos Generales del Estado, pero a costa de una importante *mutación* de nuestra Constitución. De “pérdida de *centralidad presupuestaria* del Parlamento por una importante desvalorización de la función que corresponde desempeñar anualmente a las leyes de Presupuestos” se ha hablado en la doctrina (M.A. MARTÍNEZ LAGO **(4)**). Los principios básicos y el diseño constitucional del procedimiento presupuestario nacional resultan profundamente alterados por el Derecho comunitario a fin de que se ajusten a las exigencias del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Y afecta, desde luego, a las relaciones financieras del Estado con las Administraciones territoriales (Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales) y su respectivo sector público para-estatal.

Estado social, Gasto público y Derechos fundamentales.

El Estado social adopta en nuestros días la forma de “*Estado fiscal*”, en el sentido de que las potestades tributarias y de gasto público constituyen el presupuesto irrenunciable en la realización (al menos mínima) de los fines del Estado que la Constitución propugna (especialmente en el “programa” de objetivos económicos y derechos sociales del Capítulo III del

Título I) y permite aportar, dentro del marco de la economía de mercado, las correcciones necesarias para la consecución de un orden social más justo. Y “*Estado fiscal*” también en el sentido de que la actividad financiera tiene un peso muy relevante en la formación del producto interior bruto de la nación y en torno al gobierno de la Hacienda pública gira toda la política pública.

La cláusula del *Estado social y democrático de Derecho* que la Constitución proclama en el art. 1.1º no puede entenderse como un simple calificativo retórico sin consecuencias jurídico-constitucionales, sino que, por el contrario, ha de considerarse como *un auténtico principio constitucional* de inmediata y directa aplicación. Constituye un principio estructural del orden jurídico y criterio hermenéutico fundamental del orden político y social establecido en la Constitución que *vincula* a los poderes públicos con los *valores superiores del ordenamiento*: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Así lo ha venido entendiendo en su jurisprudencia el propio Tribunal Constitucional desde tempranas sentencias (**STC 18/1984, F.J. 3º**).

Sin embargo, la aplicación *material* de la cláusula de Estado social y democrático de Derecho, debido a su propia fuerza expansiva, ha de llevarse a cabo con cautela, pues el Estado es corresponsable de la situación económica. Sólo la estabilidad y buen funcionamiento de la economía proporciona los necesarios presupuestos para el cumplimiento de las tareas sociales. Existe un límite en la capacidad financiera del Estado a las demandas de prestaciones sociales que el Estado social de Derecho reconoce, sujetas constitucionalmente a lo financieramente posible dentro del mandato constitucional de equilibrio de las cuentas públicas y la estabilidad presupuestaria a que responden los límites al déficit estructural y al endeudamiento del Estado y las Administraciones públicas establecidos en la reciente reforma constitucional del art. 135 C.E. Como dice Ernst BENDA (5), “los límites de la capacidad financiera del Estado tienen relevancia constitucional; el Estado puede invocarlos frente a demandas por otra parte comprensibles”; y el Tribunal Constitucional debe valorar esta circunstancia al enjuiciar las decisiones del legislador en materia de derechos sociales.

Respecto de *los derechos constitucionales de prestación* que resultan de la configuración del Estado como Estado social, se ha planteado en la doctrina el interrogante de si los derechos fundamentales deben reconocerse *sólo* en la medida de la capacidad de prestación en que se reconocen los derechos fundamentales o, por el contrario, si el Estado debe ser prestacional *en la medida en que se reconocen* los derechos fundamentales. La respuesta no es sencilla porque el problema tampoco lo es. Aunque la función de los estudiosos del Derecho sea impulsar la realidad positiva hacia las aspiraciones de justicia inmanentes al orden jurídico, hay que cuidarse de respuestas dogmáticas simples que valen sólo sobre el papel porque, como suele decirse, “el papel lo aguanta todo”.

Puesto que todos los derechos fundamentales – todos, incluso los derechos básicos, civiles y políticos y no sólo los derechos económicos y sociales – tienen un coste, las disponibilidades financieras del Estado fiscal constituyen un elemento indispensable de la

respuesta a este interrogante. Porque nos movemos con recursos escasos que son susceptibles de empleos alternativos (el coste de oportunidad). Por tanto la pregunta *¿qué derechos se prestarán, en qué medida y para quienes?* es una decisión política que depende de la capacidad financiera del Estado en cada momento. No hay derechos absolutos, porque los recursos disponibles son limitados y todos los derechos, incluso los de libertad frente a las intromisiones arbitrarias del poder del Estado (*status negativus*), son derechos positivos (*status positivus*) en el sentido de que requieren inexcusablemente la disposición de medios financieros para ser garantizados mediante prestaciones del Estado; esto es, para hacerlos reales y efectivos. “Tomar en serio los derechos equivale a tomar en serio la escasez”, como dicen Stephen HOLMES y Cass R. SUNSTEIN (6). “Las fuentes tributarias – escribe HÄBERLE (7) – no deberían forzarse hasta su agotamiento teniendo en cuenta que su propio estancamiento ya de por sí significa retroceso, pues ¿de qué sirven las garantías básicas meramente enunciadas si no se aumenta paralelamente el PIB y si no se disminuye a la vez lo que eufemísticamente se ha dado en llamar “nivel de precariedad “pública?”. Porque, a fin de cuentas, los derechos son bienes públicos que se financian por los contribuyentes y se administran por el Estado para mejorar el bienestar colectivo e individual.

El tópico del “*lo financieramente posible*” o la “*reserva de lo posible*” (Vorbehalt des Möglichen) de la jurisprudencia y doctrina constitucional alemanas, como gradualidad necesaria de la concretización de los derechos sociales, teniendo en cuenta, sobre todo, los límites financieros, se ha convertido en el punto nodal, tanto en la dogmática como en la práctica jurisprudencial de los derechos sociales y económicos, cuya concretización y exigibilidad la Constitución los defiende a lo que disponga el legislador ordinario que los desarrolle, como dice nuestro art. 53. 3 C.E. Y también en el caso de nuestro Tribunal Constitucional.

Ante los compromisos que se derivan de la configuración del Estado como un “Estado social y democrático de Derecho”, nuestro Tribunal Constitucional se ha cuidado de advertir de que los deberes de prestación resultantes de la legislación social y económica, han de ser determinados y apreciados “teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan y en conexión con *las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales*. No puede excluirse por ello que el legislador [...] regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento” (STC 65/1987, F.J. 17º).

En consecuencia, el Tribunal ha declarado que de los preceptos de la Constitución que se refieren a la protección frente a situaciones de necesidad como son el régimen público de la Seguridad Social (art. 41 C.E.) y el sistema público de pensiones que garanticen la suficiencia económica de los ciudadanos de la tercera edad (art. 50 C.E.) “no 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” (STC 134/1987, F.J.5º). El concepto de “*pensión adecuada*” del art. 50 C.E. “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* “ (STC 134/1987, F.J.5º).

En este sentido la **STC 126/1994, F.J.5º**, entre otras muchas que podrían citarse, declaró en su *ratio decidendi* que “los derechos de Seguridad Social como derechos sociales de prestación que implican una carga financiera considerable, son de contenido legal y requieren ineludiblemente de intermediación legislativa. Corresponde al legislador en función de las situaciones de necesidad existentes y *de los medios financieros disponibles* determinar la acción protectora a dispensar por el régimen público de Seguridad Social y las condiciones para el acceso a las prestaciones y para su pérdida. Esta característica de *derechos prestacionales que requieren una base financiera sólida y una administración de recursos escasos permiten al legislador una amplia libertad de configuración*”.

Aunque, ciertamente, la “gradualidad” de la realización de los derechos sociales y económicos y el condicionamiento de los límites financieros “no implica – como advierte GOMES CANOTILHO **(8)** – el “grado cero” de vinculación jurídica de los preceptos consagradores de derechos fundamentales sociales”. De modo semejante a lo que acontece con las obligaciones pecuniarias del Estado válidamente contraídas o la ejecución de sentencias firmes de condena al pago de suma de dinero, la falta o insuficiencia de crédito presupuestario no es *por sí mismo o por sí solo* una razón válida alegable por el Estado para justificar la lesión de un derecho fundamental o el incumplimiento de un estándar constitucional.

El legislador presupuestario no dispone de una total discrecionalidad en cuanto a la realización de los derechos sociales y económicos del Capítulo III del Título I de la Constitución; no sólo cuando las políticas legislativas son manifiestamente opuestas a las normas constitucionales que los consagran, sino también porque las normas constitucionales positivas en materia de gasto público del art. 31. 2 C.E. le vinculan, imponiéndole una asignación equitativa de los recursos públicos, cuya presupuestación y ejecución debe responder a los criterios de eficiencia y economía. No son, pues, únicamente criterios de oportunidad técnico-financiera los que presiden la legislación presupuestaria, sino la vinculación jurídica del Presupuesto a las normas y principios constitucionales, por más que estos resulten de difícil aplicación y control por los Tribunales de Justicia y, en particular, por el Tribunal Constitucional **(9)**; sobre todo el control sobre la “*concreta medida económica*” en que el legislador decide realizar los derechos sociales. Porque “las normas finalistas [como son las que se enuncian en el Capítulo III de la Constitución] no permiten un enjuiciamiento de su grado de cumplimiento legislativo, porque los objetivos constitucionales han de ir alcanzándose a través de políticas, y las políticas no son susceptibles de control jurídico, entre otras cosas porque admiten diversos grados de cumplimiento” **(10)**.

Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional.

Examinada en este contexto, la reforma constitucional del art. 135 C.E. no responde a un mero capricho o al puro oportunismo político. Existen pocas dudas del grave desajuste de nuestras cuentas públicas frente a los compromisos que resultan del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la Unión Europea, en una coyuntura financiera internacional (la crisis de la Deuda soberana) que amenazaba directamente a España.

Y es bastante claro, también, que en la raíz de los desequilibrios económico-financieros de nuestra Hacienda están, en buena medida, el crecimiento desbocado del gasto público y las crecientes dificultades de financiación del Estado y de las Administraciones territoriales (Comunidades Autónomas y Corporaciones locales), agravadas por la depresión de la economía española y las insoportables cifras del desempleo; lo que empuja al Estado a una creciente apelación a la Deuda pública para cubrir sus necesidades de financiación.

Desde sus comienzos, las Haciendas autonómicas se han configurado, primordialmente, como "*Haciendas de gasto*", excesivamente dependientes de las transferencias financieras del Estado, condicionando así su autonomía financiera y política. Las Comunidades Autónomas gastan una porción cada vez mayor del volumen del gasto público total y sin embargo no son responsables de allegar la mayor parte de los ingresos necesarios para cubrir los gastos que se derivan de sus propias decisiones políticas. Esto, unido a un proceso de asunción de competencias en los Estatutos de Autonomía según el principio de que *todos hacen de todo*, sin un deslinde claro y sencillo de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas de acuerdo con el principio federal de "*quién hace qué*", ha llevado a crecientes necesidades de financiación de las Administraciones territoriales y, al cabo, a la insostenibilidad financiera de la organización territorial del Estado.

La falta de correspondencia (esquizofrenia más que asimetría) entre las responsabilidades de gasto y las responsabilidades de ingreso de las Comunidades Autónomas constituye un factor de distorsión y desequilibrio en el funcionamiento de la Hacienda General del Estado, y por tanto en el sistema de financiación autonómica, que debería ser corregido no sólo por razones de autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas, sino también por razones de una asignación racional y eficiente de los recursos públicos, acorde, por demás, con los principios constitucionales de *equidad, eficiencia y economía* del gasto público que consagra el art. 31.2 C.E.

Porque, como ya he escrito hace tiempo **(11)**, una Administración a la que se encomienda la decisión de gastar los recursos públicos, pero no de recaudarlos, propende más fácilmente a la expansión incontenida del gasto público, a su mala asignación o al despilfarro, tomando a su cargo, por razones políticas o electorales, compromisos o demandas sociales de prestación de bienes y servicios públicos que luego resulta incapaz de financiar y cumplir. Tendiendo, por consiguiente, a desplazar su cobertura sobre aquel nivel de gobierno (el Estado) donde residen las fuentes principales de la financiación. Cuanto más

se separe la decisión del gasto público de la decisión sobre su financiación, más se fortalece la creación por parte de los gobernantes de *ilusiones financieras* e incluso *políticas* en los ciudadanos contribuyentes (A. PUVIANI), al hacerlos menos conscientes del coste de los bienes y servicios públicos que reciben. Y tras este efecto de *ilusión financiera*, que oscurece el cálculo racional coste-beneficio (supravalorando la cantidad o la calidad de los bienes y servicios públicos que se prestan a los ciudadanos o infravalorando sus costes), es más fácil para los políticos o gobernantes de las Comunidades Autónomas ocultar los defectos de una mala administración y gestión de los servicios públicos y del aumento del gasto público que ello provoca, al ser financiados en su mayor parte con recursos (las *transferencias del Estado*) que *sus* contribuyentes (y electores) ni ven, ni pagan *directamente* a su Comunidad Autónoma.

Es llamativo, por ejemplo, que no obstante la claridad y solidez de la base jurídica existente en nuestra Constitución para la actuación predominante del Estado en la ordenación de la economía, en los últimos tiempos se haya transmitido la idea de que el Gobierno, para fijar la actuación de una política económica nacional que afronte la crisis económica, necesitaba, *jurídicamente*, la aquiescencia de las Comunidades Autónomas. Hemos podido escuchar expresiones y manifestaciones de ello en casos muy ilustrativos a lo largo de estos años de crisis económica. Incluso, cuando ya la necesidad de fijar imperativamente un techo de gasto a las Administraciones territoriales resultaba evidente, el discurso oficial del Gobierno de la Nación era que esto no se podía hacer, jurídicamente, sin el acuerdo y la aquiescencia de éstas **(12)**.

Se fue creando así una idea, una cultura, en la gobernación de nuestro país de que el Gobierno estaba *desapoderado* incluso en aquello que le es más consustancial que es el gobierno y dirección de la economía. El último episodio es la reforma del artículo 135 de la Constitución de finales del verano de 2011. Una reforma que en sí misma acaso no habría sido necesaria si hubiese estado firmemente asentada en la conciencia y sobre todo en la práctica política la existencia de bases jurídicas claras que, en virtud de la Constitución, tiene el Gobierno de la Nación para llevar a cabo la política económica nacional, *la dirección, coordinación y planificación de la actividad económica general*. Una base jurídica enunciada en el Título VIII con títulos muy fuertes, como el 149.1. 13^a, 149.1.14^a, 149.1.11^a y 149.1.18^a C.E. entre otros, y con reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional clara y firme al respecto.

Creo también, sin embargo, que *políticamente*, por el juego de las mayorías parlamentarias y de los equilibrios políticos de gobierno, ha resultado difícil de imponer esa autoridad. Por eso, la reforma introducida en el artículo 135 C.E. me ha parecido oportuna, aparte de que nos haya venido impuesta desde la Unión Europea. Pero lo importante es que hayamos tenido que llegar a este extremo para cobrar conciencia del reto que plantea una organización política descentralizada como la de nuestro Estado Autonómico ante una crisis

económica y financiera de la envergadura y profundidad como la que estamos viviendo en estos años.

Así pues, embridar, mediante una norma constitucional, las disfunciones de una organización de la Hacienda del Estado descentralizada *asimétricamente* (más por el lado del gasto público que por el del ingreso) en las dos funciones esenciales que cumple toda Hacienda pública había devenido en una necesidad constitucional y no ya desde la perspectiva de la Unión Monetaria, sino también desde una perspectiva interna, vista la debilidad *práctica*, por causas o razones políticas, de la base jurídica que la Constitución española otorga al Estado para intervenir de manera decidida y eficaz en la dirección y coordinación de la actividad económica general, disciplinando el comportamiento económico-financiero de las Administraciones territoriales (art. 149.1.11^a, 13^a, 14^a y 18^a C.E.).

No resulta fácil valorar críticamente las razones de oportunidad política del Gobierno en su iniciativa de reforma constitucional para incorporar los límites de déficit estructural y de deuda al texto mismo de la Constitución (y no a una Ley Orgánica), dado el escaso margen de maniobra de que disponía por la situación extremadamente crítica de la economía española, al borde mismo de la intervención por las autoridades europeas, y por la enorme presión de las instituciones de la Unión Europea en tal sentido. En las Conclusiones del Consejo Europeo del 24/25 de marzo de 2011, ratificadas por el Parlamento Europeo el 27 de junio siguiente, entre otras medidas que integran el llamado "*pacto del Euro Plus*" se incluía el compromiso de los Estados miembros de incorporar a la legislación nacional las normas presupuestarias de la Unión Europea establecidas en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento a través de un instrumento jurídico "*que posea un carácter vinculante y duradero suficientemente sólido (por ejemplo, constitucional o ley marco) que asegure la disciplina presupuestaria tanto en el nivel nacional como en el subnacional*".

De las críticas a la reforma constitucional del art. 135 CE quisiera detenerme en dos extremos que apuntan, desde luego, a algunos de los aspectos más debatidos y conflictivos:

- a) la *disolución* o el *desmantelamiento* del Estado social de Derecho y del contenido y alcance de los derechos sociales.
- b) el *menoscabo de la autonomía financiera* y el autogobierno de las Comunidades Autónomas [y en menor medida, de las Corporaciones locales] por las restricciones que introduce en la gestión de sus políticas públicas (de gasto).

Es cierto que la profundidad de la crisis financiera y económica que desde el verano de 2007 se ha abatido sobre los países de la Unión Europea y la erosión de la base fiscal de los Estados miembros está socavando no sólo la sostenibilidad financiera del Estado social y democrático de Derecho sino también tensionando el propio modelo de Estado en sus supuestos ideológicos (principio democrático, solidaridad social y redistribución de la renta, garantía del mínimo vital, principio de igualdad de oportunidades...), al poner en cuestión las aspiraciones normativas del Estado social y las capacidades reales del Estado para hacerlas

efectivas. Las duras medidas de ajuste presupuestario y consolidación fiscal impuestas por la Unión Europea plantean un serio desafío a la pervivencia del modelo constitucional de Estado social (y a la cultura política y social creada en torno a él) tal y como se ha ido configurando en los años de expansión económica; desafío que no puede ser minusvalorado.

Pero el Estado social y democrático de Derecho que nuestra Constitución consagra no puede concebirse, sesgadamente, como un Estado asentado sobre la expansión ilimitada de las prestaciones de bienes y servicios públicos, olvidando las exigencias de un gobierno sano y equilibrado de la Hacienda Pública.

No es, por tanto, la reforma constitucional del art. 135 C.E. lo que pone en peligro el Estado social de Derecho en algunos de sus servicios públicos básicos como la sanidad, la educación o la asistencia social (Sistema Nacional de la Dependencia). Esa es una consecuencia que, de producirse, no cabría achacarla tanto a la norma constitucional como a la mala administración y gestión de los recursos públicos, que – conviene no olvidarlo – son recursos escasos, tanto más en momentos de grave crisis económica como los actuales. Lo que exige por parte de las Administraciones públicas y de los agentes políticos una rigurosa y profunda reconsideración de las prioridades del gasto público y su correspondiente asignación presupuestaria. Lo que pone en peligro la pervivencia del Estado social de Derecho es *el elevado endeudamiento público (y también el privado)* derivado de una gestión política irresponsable que nos obliga a destinar al servicio de la Deuda (amortización del capital tomado a préstamo más los intereses) un volumen creciente de nuestros ingresos públicos. Cuya raíz es *el círculo vicioso de la crisis fiscal del Estado*, es decir la brecha estructural derivada de la tendencia de los gastos públicos a crecer más rápidamente que los medios necesarios para financiarlos. Porque el Estado democrático quiere responder a los deseos de los ciudadanos, y el hecho es que éstos demandan al Estado, simultáneamente, menos impuestos y cada vez mayores servicios y prestaciones. Ello explica que los Estados tiendan a buscar la salida a menos ingresos y a un mayor gasto en el endeudamiento público que financie las tareas del presente mediante crédito, que la próxima generación habrá de devolver con intereses más los intereses de los intereses (Paul KIRCHHOF) **(13)**. Y entonces, en caso de parálisis de su función fiscal, el Estado de Derecho ya no podrá ser preservado de la presión de las fuerzas sociales, puesto que “el Estado fiscal es la única forma en la cual el Estado de Derecho puede ser Estado social”, como decía Ernst FORSTHOFF **(14)**.

Menos consistencia tienen las críticas a la reforma del art. 135 C.E. desde su consideración como un ataque a la autonomía financiera y política de las Comunidades Autónomas que la Constitución reconoce y garantiza en el art. 156 C.E., a quienes correspondería fijar el techo de gasto y el límite de déficit público estructural correspondiente a sus Presupuestos. La autonomía de las Comunidades Autónomas no es soberanía; y su autonomía política y financiera cobra pleno sentido constitucional dentro de la unidad de la Nación española. Y la autonomía financiera lo es dentro de la necesaria y obligada coordinación y cooperación con la Hacienda estatal, por lo que es perfectamente compatible con la existencia

de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias y, más concretamente, con controles del Estado de las operaciones de emisión de deuda pública de las Comunidades Autónomas, que han de ser autorizadas por aquél.

Y pocas dudas caben respecto del carácter básico que para la ordenación de la economía y la Hacienda general del Estado tiene la garantía del equilibrio de las cuentas públicas y la determinación por el Estado del objetivo de estabilidad presupuestaria para todo el conjunto de las Administraciones públicas establecido por la Ley de Estabilidad Presupuestaria, dada la vinculación del Estado español a las normas del Derecho comunitario europeo, originario y derivado, y a los compromisos de cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la UE, aunque ello constriña la soberanía del Estado y la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas; y tanto más a la luz de la reforma constitucional del art. 135 C.E. (*ius superveniens*). Tal como ha zanjado de manera clara la **STC 134/2011, F.J. 8º** de 20 de julio dictada muy pocos meses antes de la reforma constitucional.

Todo ello arroja no pocas sombras e interrogantes en nuestra *Constitución financiera*. Sombras no ya de “*crisis fiscal*” del Estado, en la medida en que será cada vez más difícil para los Gobiernos sostener el creciente volumen de gasto público sin aumentar el déficit presupuestario; sino de crisis del “*Estado fiscal*”, como forma que ha adoptado en nuestra cultura política europea el modelo de Estado social, orientado más hacia la igualdad, a través de la socialización de los beneficios mediante los impuestos, donde la Constitución como límite sólo sería invocable en el caso extremo del alcance o resultado confiscatorio de la imposición o de un nivel de presión fiscal tan elevado y desproporcionado que impida, al asfixiarla, la libre actividad empresarial (art. 31.1, art.33,1 y art.38 C.E.).

La consagración constitucional explícita, extendiéndolo a todas las Administraciones públicas, del *principio de estabilidad presupuestaria* en el apartado 1º del art. 135 C.E. como límite a la actuación de los poderes públicos es, sin duda, un hecho muy relevante. Es una norma jurídica que, no obstante su carácter *principal*, tiene un efecto vinculante para toda la actividad financiera pública que mira, particularmente, a los legisladores. Su vulneración por los poderes públicos, tanto estatales como autonómicos o locales, puede acarrear la inconstitucionalidad y nulidad de las leyes, disposiciones o actos que lo contravengan. Como dice la Exposición de Motivos de la reforma constitucional, la estabilidad presupuestaria ha adquirido “*un valor verdaderamente estructural y condicionante de la actuación del Estado...con el efecto de limitar u orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos*”.

Se zanja así las dudas de un sector de la doctrina sobre la viabilidad constitucional en un Estado compuesto, como es nuestro Estado de las Autonomías, de imponer por ley la sujeción de la política presupuestaria al cumplimiento de los requisitos presupuestarios de estabilidad, equilibrio o superávit (15).

Es importante señalar que el Tribunal Constitucional, en su **STC 134/2011, F.J. 5º**, no ha apreciado extralimitación competencial alguna que vulnere la autonomía financiera y política de

las Comunidades Autónomas en el hecho de que el legislador estatal haya definido la estabilidad presupuestaria como “*situación de equilibrio o superávit*” [“*estructural*”, ha matizado la vigente Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad financiera de 27 de abril de 2012], desvirtuando así las críticas de constitucionalidad de un sector de la doctrina a una definición semejante que reduce el significado, más amplio, de “estabilidad presupuestaria dentro del ciclo económico” (en el cual han de ser considerados los valores económicos de referencia) a la noción clásica/liberal de mero “equilibrio” en un momento concreto y determinado; criterio mucho más restrictivo y rígido que la idea de “prohibición de déficit excesivo” (con relación al PIB) a que se refiere el Derecho comunitario.

Hay que subrayar que, desde el punto de vista de su estructura normativa, el párrafo 1º del nuevo art. 135 C.E. enuncia, como he dicho, un “*principio jurídico*” que sirve de fundamento y se condensa en el conjunto de “reglas jurídicas” que se contienen en los siguientes apartados del precepto constitucional así como en los de la correspondiente Ley Orgánica que lo desarrolla. Ley que pasa así a integrarse en lo que ha dado en llamarse “*el bloque de la constitucionalidad*”, en tanto sirve para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas y para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas; constituyendo, pues, canon o parámetro en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes.

Los “*principios*” o “*normas principales*” más que un mandato susceptible de aplicación por sí mismo, constituyen la base, el criterio o la justificación del mandato, en tanto necesitan de una concreción en ulteriores normas y decisiones. Por su carácter abierto y su grado de abstracción, los *principios* admiten distintos grados de concretización según los diferentes supuestos de hecho, fácticos y jurídicos, y según la legítima libertad de opción del legislador de cada momento.

Los “*principios*” o “*normas principales*” más que un mandato susceptible de aplicación por sí mismo, constituyen la base, el criterio o la justificación del mandato, en tanto necesitan de una concreción en ulteriores normas y decisiones. Por su carácter abierto y su grado de abstracción, los *principios*, a diferencia de las *reglas jurídicas*, carecen de un supuesto de hecho predeterminado y admiten distintos grados de concretización según los diferentes supuestos de hecho, fácticos y jurídicos, y según la legítima libertad de opción del legislador de cada momento. Son, en buena medida, como dice Robert ALEXY, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser realizados o cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su realización o cumplimiento depende no sólo de las posibilidades reales o fácticas sino también de las jurídicas que se derivan de las reglas o de los principios, bienes o fines opuestos también constitucionalmente reconocidos.

Entre los “*principios*” y las “*normas*” *stricto sensu* de la Constitución no hay diferencia de naturaleza sino sólo de estructura y de función: ambos tipos de preceptos forman parte del ordenamiento jurídico y son por ello, en igual medida, Derecho objetivo. Aunque, como es obvio, no todos los preceptos constitucionales tienen idéntico nivel de eficacia, pues no todos ellos se formulan del mismo modo o con el mismo grado de precisión.

La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, *de desarrollo del art. 135 C.E.*, ofrece un mecanismo jurídico eficaz para asegurar el cumplimiento de las normas del Derecho comunitario europeo relativas al déficit excesivo y al límite de endeudamiento de las Administraciones públicas. Es, en líneas generales, una ley de buena hechura técnica, traslación en gran medida de la normativa del Derecho comunitario, cuyo problema no estará en la claridad de sus prescripciones y la fidelidad al mandato constitucional que la motiva sino en su fuerza de obligar, su autoridad y capacidad de vinculación en una de las materias que más inseparablemente unidas está a la política. Al examinar el contenido de la Ley uno no puede evitar la sensación de que nos intenta convencer de la existencia de fuertes instrumentos normativos para hacer cumplir sus previsiones. Como observa MUÑOZ MACHADO (16), “siendo necesarios y correctos los principios y reglas que la Ley establece, la mitad de su articulado se dedica no tanto a desarrollarlos como a la demostración a los eventuales lectores de que el Estado español cuenta con instrumentos para ejecutarla, aún en el caso de que las Administraciones autonómicas y locales ofrezcan resistencias”, como es el caso del art. 26 de la Ley: habilitación al Gobierno, al amparo del art. 155 de la Constitución, para la adopción de las medidas necesarias para obligar a su cumplimiento forzoso, que podrían llegar incluso, previo requerimiento, a la intervención / suspensión de la Autonomía o a la disolución de la Corporación local. Una norma verdaderamente importante, dura (insólita en lo que ha sido nuestra práctica constitucional del Estado de las Autonomías) pero que es la clave de bóveda del mandato constitucional, cuya aplicación requerirá, sin duda, grandes dosis de firmeza y prudencia. Por eso, “la propia complejidad y la acumulación de procedimientos y previsiones para supuestos de incumplimiento, provisional o definitivo, la difícil tramitación de alguno de ellos y la manifiesta situación de rebeldía y de confrontación que debe hacerse presente para que pueda justificarse la aplicación de los más contundentes, son la mejor muestra de que la ejecución de los contenidos de la Ley pueden encontrar serios problemas”, como dice MUÑOZ MACHADO.

El *mandato* constitucional es más inflexible con las Corporaciones locales a las que se obliga a mantener una posición de equilibrio o superávit presupuestario, prohibiéndoles pura y simplemente el déficit estructural: “*Las entidades locales deberán presentar equilibrio presupuestario*”.

La razón de este diferente tratamiento respecto de las Entidades locales reside en la menor capacidad financiera de las Haciendas locales (derivada de su menor grado de autonomía tributaria) para corregir *por sí solas* las desviaciones presupuestarias de sus cuentas públicas respetando los límites establecidos de endeudamiento. En cambio las Comunidades Autónomas con su poder tributario propio y la ampliación de sus competencias normativas sobre los impuestos estatales cedidos, tras las últimas reformas de la LOFCA, tienen unas posibilidades de actuar sobre sus propios recursos, como acertadamente se pone de relieve en la reciente **STC 204/2011, F.J. 8º**: “en la actualidad los tributos cedidos tienen

una importancia central como recurso que, además de garantizar determinados rendimientos a las Comunidades Autónomas, les permite modular el montante final de su financiación mediante el ejercicio de competencias normativas en el marco de lo dispuesto en las correspondientes leyes de cesión de tributos. De esta manera el sistema permite en la actualidad que las Comunidades Autónomas *puedan por sí mismas incrementar sustancialmente los recursos con los que han de financiarse*. En consecuencia, esta evolución del sistema de financiación ha supuesto un mayor desarrollo del principio de autonomía financiera, de manera que la financiación autonómica no descansa ya, casi en su totalidad, en las transferencias del Estado”. Lo cual es verdad, pero *cum grano salis* pues ha de tenerse en cuenta la fuerte caída de la recaudación impositiva debido a la crisis económica así como la limitada capacidad recaudatoria de los impuestos autonómicos, sean los tributos propios o los impuestos estatales cedidos, por lo que el peso de las transferencias financieras del Estado siguen teniendo un peso muy relevante el equilibrio de sus cuentas públicas. Tal como nos está demostrando la experiencia del funcionamiento del Fondo de Liquidez Autonómico.

Las dificultades del control de constitucionalidad de las normas de estabilidad presupuestaria.

Es en gran medida verdad que “los Tribunales no están en posición de supervisar el complejo proceso de asignación eficaz de los recursos por parte de las agencias del poder ejecutivo, y tampoco pueden rectificar de manera sencilla las asignaciones equivocadas del pasado “[...] “no tienen la preparación adecuada para desempeñar esas funciones y, necesariamente, operan con fuentes de información inadecuadas y parciales”, como dicen Stephen HOLMES y Cass R. SUNSTEIN (17). Y añaden: “los tribunales que deciden sobre la exigibilidad de los derechos razonarán de manera más inteligente y más transparente si reconocen con toda honestidad que los costes afectan al alcance, la intensidad y la consistencia de la exigibilidad de los derechos. Y la teoría de los derechos sería más realista si examinara sin ambages la competencia [el coste de oportunidad] por los recursos escasos [que necesariamente se entabla] entre los distintos derechos básicos y también entre esos mismos derechos básicos y otros valores sociales”.

Pero ello no equivale a la imposibilidad de todo control jurisdiccional de las políticas [presupuestarias] en materia de derechos sociales y económicos, sujetas, como es propio de un Estado que se proclama social y democrático de Derecho, al control jurídico de la arbitrariedad y al control de la razonabilidad de las políticas de gasto público respecto de los derechos sociales y económicos cuando entran en juego los principios de justicia y de equidad (art. 31.2 C.E.). Es la igual libertad, de modo que cada uno tenga la posibilidad de incidir en las condiciones que determinan su situación existencial y derechos, garantizándole el mismo acceso a las instituciones públicas de protección del Estado prestacional.

El problema de este nuevo precepto constitucional y en particular el de las normas del *bloque de la constitucionalidad* que lo desarrollan será, sin duda, aparte del de su aplicación

efectiva, su “justiciabilidad”, dada la *singular apertura e indeterminación* de muchas de tales normas, al igual que otras de nuestra Constitución económica y financiera, la ambigüedad de su contenido declarado y la dificultad del control de constitucionalidad en esta materia, de alto contenido técnico-económico pero fuertemente ligado a las decisiones políticas.

El control de constitucionalidad confiado al Tribunal Constitucional, se mueve en este campo, más que en ningún otro de la materia constitucional, en una permanente tensión entre los dos extremos de la *deferencia* frente al legislador democrático y a su legítima libertad de opción política (autolimitación o *self-restraint* que, en ocasiones, deriva en la simple abdicación de su función de control sobre la ley) y la aplicación *activista* de los preceptos constitucionales que integran la Constitución económica (con el riesgo de sustituir autoritariamente las decisiones del legislador democrático, en su legítima libertad de opción política, por las del propio Tribunal). El tópico según el cual la Constitución es neutral y no contiene una decisión en cuanto al sistema económico de la comunidad política, en el sentido del orden económico liberal, está fuertemente arraigado en la jurisprudencia constitucional, con la consecuencia de que el margen de discrecionalidad con que se mueve el legislador en el campo de la política económica es mucho más amplio.

Pero si esta pieza importante de nuestra Constitución política que es la “*Constitución financiera*”, ha de ser realmente eficaz como norma conformadora de nuestro Estado complejo, el Tribunal Constitucional no debería detenerse, sin embargo, en un control *formal*, meramente externo, de las normas o disposiciones generales sometidas a su enjuiciamiento enfrentando al legislador exclusivamente con las propias opciones legislativas, como a menudo acontece con las normas financieras y tributarias (la abundante jurisprudencia constitucional en esta materia ofrece muestras de ello), sino que debería llevar a cabo también un control *material*, contrastando la ley con su aplicación práctica y la coherencia del legislador con las consecuencias de sus propias opciones legislativas, al modo, más incisivo, de alguna jurisprudencia constitucional como la alemana,. Con la dificultad que ello comporta no sólo por lo que respecta al equilibrio, al *self-restraint*, del Tribunal para no invadir la legítima libertad de opción política que corresponde al legislador ordinario, sino la de tomar en cuenta, como elementos para la formación de su propio juicio, informes, datos u opiniones de otras instancias ajenas al Tribunal y al propio proceso constitucional que se desarrolla ante él, como pueden ser Informes del Tribunal de Cuentas, del Banco de España, de la Comisión Europea o de organismos internacionales como el FMI. Lo cual puede plantear no sólo problemas de valoración (cuya importancia únicamente el propio TC puede ponderar) sino incluso novedades procesales, como podría ser, incluso, la apertura de una “fase de recibimiento a prueba” en el proceso constitucional en estas materias.



Dos circunstancias, sin embargo, pueden lastrar la efectividad del control jurisdiccional de las normas constitucionales económico-financieras y de estabilidad presupuestaria. De una parte la excesiva tardanza del Tribunal Constitucional en resolver los posibles recursos o cuestiones de inconstitucionalidad (nueve años en el caso de la reciente e importante **STC 134/2011** sobre las Leyes de Estabilidad Presupuestaria); y de otra, el uso frecuente por parte del Tribunal Constitucional de la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, de eficacia *pro futuro*, en los casos de materia económico-financiera o hacendística en atención bien a los *graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales* y particularmente a la política económica y financiera o bien, en atención al *principio de seguridad jurídica* (art.9.3 C.E.), por la afectación de situaciones jurídicas consolidadas, no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada sino también las situaciones administrativas firmes (vid. a título de ejemplo, las **STC 45/1989, F.J. 11º y 12º**, Ley del IRPF; **STC 13/1992, F.J. 17º** Ley de Presupuestos Generales del Estado; **STC 96/1996, F.J. 23º** Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito; **STC 161/2012, F.J.7º** Ley de Andalucía sobre normas en materia de tributos cedidos), lo cual puede estimular una cómoda indiferencia de los responsables políticos respecto de las consecuencias de una decisión legislativa posiblemente inconstitucional.

Notas

- (1) Sobre la asimetría en el estudio del fenómeno financiero y la escasa consistencia de las razones en que pretendía fundamentarse (que los gastos públicos son totalmente improductivos o que sus beneficios se aplican a todos los grupos por igual y que su distribución es una decisión de naturaleza típicamente política, por lo que no puede ser objeto de análisis y discusión científica) ha llamado la atención James BUCHANAN que observa que “la ausencia de normas sobre el gasto público ha limitado indudablemente la utilidad de la teoría de la Hacienda Pública tradicional”. La consecuencia es que el principio de equidad no ha sido nunca aplicado al campo de la distribución del gasto público, a pesar de que las razones para su aplicación son igualmente válidas que las de los impuestos, puesto que hoy ya no cabe suponer – como hacían los hacendistas clásicos – que los beneficios del gasto público se reparten por igual entre todos los ciudadanos. Antes al contrario, si como parece cierto en las sociedades post-industrializadas de nuestros días existen determinados individuos y grupos sociales que se

benefician de modo especial del reparto de los gastos públicos, no hay justificación alguna, ni teórica ni práctica, para que, paralelamente a los principios de justicia en el reparto de la carga tributaria (principio de capacidad económica o de pago y principio del beneficio), se aplique el principio de equidad en la vertiente de los gastos públicos como instrumento de control respecto de muchos programas de gasto del poder ejecutivo. cfr. BUCHANAN, James M.- FLOWERS, Marilyn R. *“The Public Finances. An Introductory Textbook”*, Irwin, Homewood, Illinois, 1980, trad. española *“Introducción a la Ciencia de la Hacienda Pública”*, Edersa, Madrid, 1982, p. 130-134.

- (2) Ha sido el propio sistema estatal construido sobre los cimientos de los principios keynesianos el que ha generado expectativas y compromisos sociales (pleno empleo, crecimiento económico, redistribución de la renta y de la riqueza, cobertura de necesidades públicas y de deseos privados...) que paulatinamente se han consolidado como una especie de “derechos adquiridos” de la colectividad convirtiéndose en *premisas normativas* de todo programa de gobierno. La lucha contra el paro o la inflación, el mantenimiento de estándares adecuados de nivel de vida, provisión de bienes y servicios públicos... todo ello se ha convertido en un *compromiso social normativo* en cierto modo irreversible que, mediante el “mercado político” (sistema electoral de partidos), presiona y se impone a los Gobiernos. Ello ha conducido al Estado de nuestro tiempo a una tensión permanente, estructural, respecto de la función de la Hacienda pública y cuál deba ser su nivel óptimo de oferta de bienes públicos (el viejo problema de la “capacidad económica del Estado fiscal” de que hablaba SCHUMPETER) que puede desembocar – como ahora acontece – en una crisis fiscal del Estado. cfr. BELL, Daniel *“Las contradicciones culturales del capitalismo”*, trad. española, Alianza Editorial, Madrid, 1977, en particular el capítulo VI, p. 209 y ss.
- (3) cfr. GARCÍA AÑOVEROS, Jaime *“Presupuesto y gasto público en la Constitución”*, en *“El sistema económico en la Constitución española”*, vol. II, XV Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, p. 1646.
- (4) cfr. MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel *“Crisis Fiscal, Estabilidad Presupuestaria y reforma Constitucional”*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 24, 2011, p. 17. Un buen análisis de la auténtica “revolución” que supone para nuestro Derecho Presupuestario y del Gasto público la incorporación de la normativa europea de estabilidad presupuestaria en el libro de RUÍZ ALMENDRAL, Violeta *“Estabilidad Presupuestaria y Gasto Público en España”*, Ed. La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2008, en particular p. 193 y ss. Mucha información y más opinión, no coincidente en muchos aspectos con las ideas aquí expuestas, en la obra de los Profesores GARCÍA ROCA, Javier – MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel *“Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento”*, Civitas- Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- (5) cfr. BENDA, Ernst *“El Estado social de Derecho”*, en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *“Manual de Derecho Constitucional”*, edición y traducción de Antonio López-Pina, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág.551.
- (6) cfr. HOLMES, Stephen – SUNSTEIN, Cass R., *“The Cost of Rights. Why liberty depends on Taxes”*, Norton & Co., New York, 1999, hay trad. española *“El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos”*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011. Hay reflexiones de interés en la obra colectiva Robert ALEXY y otros, *“Derechos sociales y ponderación”*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, en particular la colaboración de Liborio L. HIERRO, “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, p. 163 y sigs.
- (7) cfr. HÄBERLE, Peter, *“Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta”*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 213. A lo cual Robert ALEXY, *“Teoría de los Derechos fundamentales”* trad. española de E. Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1993, p. 495, apostilla: “los derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financiera”.

- (8) cfr. GOMES CANOTIHO, José Joaquim “Metodología “fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *“Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas”*, año III, nº 6, 1998, p. 45. PASCUAL GARCÍA, José *“Régimen jurídico del Gasto público”*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2009, 5ª edición, p. 141 escribe, con mucha razón, que “si los poderes públicos se consideraran legitimados para realizar cualquier gasto por el simple hecho de ser justo, sin consideración alguna a que los recursos, se quiera o no se quiera, son limitados, es claro que causarían daños a la economía y, en último extremo, a los ciudadanos, superiores a las necesidades que se pretenden subvenir. Pero también la situación contraria sería rechazable. Negarse a subvenir unas necesidades que pueden ser apremiantes en aras de la ortodoxia financiera sería aún más rechazable. En realidad, ambas exigencias deben coordinarse de manera que se asigne con equidad el gasto que permitan los recursos disponibles sin violentar las exigencias de la economía”.

HÄBERLE, Peter, *“Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta”*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 213 dice que “el Estado prestacional no puede en modo alguno, debido a la susodicha reserva, disponer más allá de lo que le permite el propio derecho fundamental respectivo. La “presión normativa” que le otorga efectividad a los derechos básicos existe sin que ello signifique que se pueda pedir lo imposible al Estado prestacional”. “La calidad prestacional, en general, es un mandato constitucional objetivo que se deriva de cada uno de los derechos básicos”. El Estado prestacional, según HÄBERLE, debe ser *adecuado* al estándar existente en materia de derechos humanos.

- (9) Y acaso sea significativo de estas dificultades el hecho de que, hasta ahora, el Tribunal Constitucional no haya sido llamado a pronunciarse sobre el art. 31.2 C.E. invocado *directamente* como fundamento de una demanda de inconstitucionalidad (recurso o cuestión), limitándose a menciones *obiter dicta*, más o menos retóricas, de este principio constitucional (**ATC 982/1986; STC 187/1988, F.J. 12º; STC 216/1991, F.J.5º; STC 13/1992, F.J. 7º; STC 28/1992, F.J. 3º**). Lo que indica, tal vez, las dificultades para la efectividad de “una equitativa asignación de los gastos públicos” y del mandato de justicia que incorpora, adelantando a las políticas de gasto público la línea de defensa de los derechos fundamentales frente a una exorbitante imposición de tributos. Mandato que, por conexión con el artículo 9.2 C.E., puede sustentar medidas de “acción positiva” o discriminación positiva en la asignación del gasto público para corregir y superar las desigualdades de origen y lograr la igualdad material, *real y efectiva*. Pues, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, “no puede reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que los Poderes Públicos emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial”. (**SSTC 216/1991, F.J. 5º y 28/1992, F.J. 3º**).

Por su difícil justiciabilidad, será ardua tarea el que este precepto constitucional pueda alzarse como una norma jurídica eficaz de control del poder financiero del Estado, quedando relegado a lo que podría denominarse *el horizonte utópico de la Constitución fiscal* o, en frase de Hans J. PAPIER, *“la fábrica de los sueños del Derecho Público”*, cfr. “Ley Fundamental y orden económico”, en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *“Manual de Derecho Constitucional”*, edición española de A. López-Pina, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 608. Una muestra de la apertura e indeterminación con que los Tribunales de Justicia entienden el precepto del art. 31.2 CE puede verse en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2009 en recurso de casación contra una Orden del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del País Vasco que convocaba ayudas para visitar a personas penadas o en prisión preventiva en Centros Penitenciarios fuera del País Vasco. Aunque la *ratio decidendi* de la STS anulatoria de la disposición impugnada es la falta de competencia del Gobierno Vasco en materia penitenciaria respecto de centros no localizados en su territorio, el TS, ante la alegación del Abogado del Estado de que el programa de ayudas carece de una finalidad de interés público, declara en un *obiter dictum* bien significativo que “ no compete a la Sala enjuiciar el acierto y oportunidad de la asignación de recursos que la orden impugnada entraña, *teniendo en cuenta el amplio margen de discrecionalidad que a las Administraciones asiste en materia de gasto – asignación equitativa de*

recursos según el art. 31.2 CE – siempre y cuando persiga una finalidad lícita desde la perspectiva constitucional y su articulación sea respetuosa con el ordenamiento jurídico y muy especialmente con el principio de igualdad”.

- (10) cfr. CIDONCHA, Antonio *“La libertad de empresa”*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 64. HÄBERLE, Peter *“Pluralismo político y Constitución”*, cit. p. 208 escribe: “la “activación” de los derechos fundamentales dentro del Estado social prestacional representa un objetivo constitucional en el sentido de que todos los ciudadanos deben tener necesariamente las mismas oportunidades básicas para conseguir una vida digna y para desarrollarse personalmente. Por ello, los derechos fundamentales no son sólo derechos negativos, sino normas positivas de competencia, siendo por ello por lo que se ha llegado a una política básica de derechos sociales estatales”.
- (11) cfr. RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro *“Una reflexión sobre el sistema general de financiación de las Comunidades Autónomas”*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 15, 1985. La referencia de Amilcare PUVIANI es a su obra clásica *“Teoría de la Ilusión Financiera”*, trad. española y estudio preliminar de A. Rodríguez Bereijo, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1972.
- (12) De hecho la Ley 15/2006 de reforma de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria y su Texto Refundido (RDL 2/2007) se referían en su Preámbulo a las dudas sobre la compatibilidad de las reglas de estabilidad presupuestaria introducidas por la Ley 18/2001 General de Estabilidad Presupuestaria con la autonomía financiera, constitucionalmente garantizada, de las Comunidades Autónomas y Entidades locales propia de un Estado descentralizado; lo que se ponía de manifiesto por los recursos de inconstitucionalidad de varias Comunidades Autónomas contra la leyes de estabilidad que “revelaban que las leyes vigentes no han conseguido concitar el apoyo necesario de las Administraciones para que sus fines sean alcanzables”. Dudas, por otra parte, que eran compartidas por una buena parte de la doctrina académica (vid. por todos, el trabajo del Prof. AGUIAR DE LUQUE, Luis - ROSADO IGLESIAS, Gema “La estabilidad presupuestaria y su eventual proyección en el Estado de las Autonomías”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 12, enero-abril 2001). Por ello se introdujo en dicha reforma “un nuevo mecanismo para la determinación del objetivo de estabilidad de las Administraciones públicas territoriales y sus respectivos sectores públicos *apoyado en el diálogo y la negociación*” de forma que “el objetivo de estabilidad de cada Comunidad Autónoma se acordará con el Ministerio de Economía y Hacienda tras una negociación bilateral”.

En el Consejo de Política Fiscal y Financiera del 27 de julio de 2011 la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda Sra. Elena Salgado dejó en manos de cada Comunidad Autónoma la fijación de los criterios en sus reglas de gasto.

“Si las cosas en punto a la base jurídica de la actuación controladora del Estado sobre las desviaciones presupuestarias de las Comunidades Autónomas estaban tan claras antes de la reforma constitucional [se refiere a la doctrina de la STC 134/2011], no se entiende – se preguntaba el Prof. SOLOZÁBAL - la escandalera suscitada por unos anuncios normativos al respecto [la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera] que a la espera de mayores concreciones, hay que presumir que respetarán escrupulosamente los márgenes de nuestra Ley Fundamental”, cfr. SOLOZÁBAL, Juan José *“Estabilidad Presupuestaria y Comunidades Autónomas”*, en *EL IMPARCIAL.es*, del 11-enero-2012. La respuesta, en mi opinión, es clara: porque esa base jurídica para la actuación controladora del Estado no se aplicaba con firmeza, pues el Gobierno de la Nación simplemente hacía dejación del ejercicio de su propia competencia y de su autoridad.

- (13) cfr. KIRCHHOF, Paul “La Constitucionalización de la Deuda soberana. Un diálogo con Antonio López Pina”, en la encuesta sobre la reforma de la Constitución de la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 29, 1º semestre 2012, dirigida por Oscar Alzaga, pág. 79; y mi temprano trabajo que, no obstante el tiempo transcurrido, conserva todavía vigencia en los actuales momentos de profunda crisis económica y financiera

del Estado, cfr. RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro “El Sector Público español: su déficit sistemático”, en *Presupuesto y Gasto Público*, nº 3, 1979, p.147-153.

- (14) La cita de FORSTHOFF, Ernst es a su trabajo, clásico, “*Rechtsstaat im wandel*”, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1964, trad. italiana a cura di Carlo Amirante “*Stato di Diritto in trasformazione*”, A. Giuffré, Milano,1973, p. 94.
- (15) cfr. AGUIAR DE LUQUE, Luis - ROSADO IGLESIAS, Gema “La estabilidad presupuestaria y su eventual proyección en el Estado de las Autonomías”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 12, enero- abril 2001, p. 51 “no parece que la reserva en esta materia [económico-financiera] a favor del Estado le faculte para imponer a las Comunidades Autónomas limitaciones a la autonomía financiera del tipo de las derivadas del sometimiento a unos criterios presupuestarios que, más que estabilidad, esconden un principio de equilibrio clásico”.
- (16) cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago “*Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*”, Ed. Crítica, Barcelona, 2012, p. 159
- (17) cfr. Stephen HOLMES – Cass R. SUNSTEIN, “*El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*”, cit. p. 117 y p. 120,