

“UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL CONTROL DEL GASTO PÚBLICO” (*)

Álvaro Rodríguez Bereijo

Conferencia Inaugural. Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal de Cuentas

Palacio del Senado, viernes 26 de mayo de 2017

SUMARIO

1.- Introducción

2.-El marco constitucional del gasto público.

3.- Control del gasto público, Estado social y Estado Autonómico.

4.- Control del gasto público y el problema de los límites al contenido prestacional de los derechos constitucionales.

5.- Conclusión.

“Todos sabemos que en todos los países donde los diputados de la nación no defienden el uso del dinero del pueblo, resulta fácil contar con él para cualquier tipo de gasto”

[Mme. de STÄEL, “Consideraciones sobre los principales acontecimientos de la Revolución francesa”, 1818]

1.- Introducción

El control del gasto público, del uso o empleo que se da al dinero de los contribuyentes, es una tarea crucial en el Estado social y democrático de Derecho. El despilfarro o la mala asignación de los recursos públicos, siempre escasos y susceptibles de empleos alternativos, compromete el cumplimiento de sus fines; lo que demanda una gestión responsable de los mismos. Todos los preceptos constitucionales sobre el gasto público están enderezados a esta finalidad de control.

Pero el volumen y peso que el gasto público ha adquirido en el Estado social demanda también poner la atención en *su tendencia expansiva* como consecuencia de las funciones que la Constitución asigna al Estado.

Si el fin que justifica los impuestos es la contribución de todos al sostenimiento de los gastos públicos, la legitimidad de la función distributiva del impuesto exige, por propia lógica, atender no únicamente al reparto igual de la carga tributaria, sino también y de

manera principal, a la distribución del gasto público mediante los Presupuestos tanto del Estado como de las Administraciones territoriales y al control cuidadoso sobre cada uno de los actos de disposición de los fondos públicos que en ellos se consignan.

El dinero, como medio de pago, tiene siempre, ya de por sí, un lado abstracto, casi metafísico. Ese grado de abstracción se acrecienta cuando se trata del dinero que afluye a las arcas del Tesoro público. El dinero de los impuestos que pagan los ciudadanos parece revestirse de un grado mayor de abstracción al afluir a la caja del Estado, “puesto que llega allí formando una masa líquida en estado de pura disponibilidad polivalente que lo convierte a la vez en dinero de nadie y de cualquiera; un medio ideal de subvención, privilegio y soborno de la clientela de partido (el *“dinero sin atributos”*)”, para decirlo con las palabras del filósofo Peter SLOTERDIJK **(1)**. No en vano una Ministra del Gobierno de España, hace unos años, ha podido decir sin sonrojo que *“el dinero público no es de nadie”*. Ese fenómeno acaso explique el más bien escaso interés que, en general, ha despertado siempre en nuestros ciudadanos el empleo que se da al dinero público y al uso que se hace de los bienes y servicios que con él se financian.

2.- El marco constitucional del gasto público

La Constitución dedica al gasto público cuatro preceptos, el primero, el **art. 31.2**, ubicado en la parte dogmática, entre los “derechos y deberes de los ciudadanos” de la Sección 2ª del Capítulo II del Título I de los Derechos y Deberes Fundamentales, y los tres restantes, **art. 134, 135 y 136**, en la parte orgánica en el Título VII dedicado a la “Economía y Hacienda”. De estos preceptos me interesa detenerme especialmente en el **Art. 31.2 C.E.** que, tras referirse en el párrafo 1º a los principios constitucionales de justicia tributaria, enuncia los principios constitucionales del gasto público en una de las innovaciones más interesantes de nuestra Constitución. Sin parangón en el Derecho constitucional de nuestro entorno europeo **(2)**.

Para explicar el sentido de este precepto es importante subrayar su ubicación sistemática dentro del Título I, "De los Derechos y Deberes fundamentales", Capítulo II, "Derechos y Libertades", Sección 2ª, *"De los Derechos y Deberes de los ciudadanos"*, donde se condensan los principios, tanto formales como materiales, de la imposición. Esta circunstancia y el hecho de que los principios rectores del gasto público no se hayan incluido dentro del Título VII dedicado a la "Economía y Hacienda" es significativa del propósito de consagrar constitucionalmente la consideración unitaria del fenómeno financiero como un proceso de conexión o interdependencia entre los ingresos y gastos públicos.

El precepto contiene dos determinaciones normativas distintas:

- *“el gasto público realizará una asignación equitativa del gasto público”*: un mandato de justicia en la asignación del gasto público que ha de entenderse en conexión con el art.

9.2 CE (la promoción de la igualdad real y efectiva) y sobre todo con los derechos económicos y sociales que se proclaman (eso sí, conviene advertirlo, bajo la forma de “*principios rectores de la política económica y social*”, con las consecuencias lógicas que se derivan de su naturaleza normativa “principal” y programática) en el Capítulo III del Título I, dentro de una concepción redistributiva de la Hacienda pública acorde con los fines constitucionales del Estado social y democrático de Derecho. Es un mandato frente a aquellas leyes o normas (generalmente presupuestarias o de gastos) claramente arbitrarias o irracionales o que de manera manifiesta contradigan o vulneren sus mandatos (la “interdicción del gasto inícuo”, como ha dicho GARCÍA AÑOVEROS).

- “*su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía*”: son los principios económico-financieros de buena gestión del gasto público. Una proyección de racionalidad práctica, correctiva de la programación irresponsable del gasto público a que podría conducir la simple aplicación mecánica y activista del principio de asignación equitativa en razón exclusivamente a los objetivos igualitarios implícitos en el mismo. Asignación equitativa que se ve así ceñida dentro de los límites no sólo de *lo financieramente posible*, sino también de *lo económicamente viable*.

Hay que subrayar la *relación hermenéutica* entre los dos principios contenidos en el artículo 31.2 C.E.

Se matizan, pues, los postulados de la justicia según los criterios de la economía. Una medida de contrapeso y de equilibrio entre ambas exigencias o mandatos constitucionales, pues los principios constitucionales no son absolutos y deben cohonestarse con otros principios, bienes o valores en juego, también constitucionalmente reconocidos, como son, entre otros, la economía de mercado y la defensa de la productividad, la distribución de la renta regional y personal más equitativa (art. 38 C.E.), la promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico (art. 40 C.E.), la estabilidad presupuestaria (art. 135).

La relación supuestamente ancilar que algunos (L. Cazorla Prieto) han querido ver en los criterios de eficiencia y economía del gasto respecto del principio de justicia material, como si se tratase de un principio de menor rango o jerarquía, se nos presenta así, bajo otra perspectiva, más ajustada, creo, a la *ratio legis* del precepto constitucional.

Ambos contenidos o determinaciones operan en momentos distintos de la dinámica del gasto público, que no tiene a la Ley de Presupuestos Generales del Estado, al legislador presupuestario, como único y exclusivo destinatario sino también a la Administración. La Ley de Presupuestos se ha convertido en gran medida en una ley adjetiva, procesal por así decir, del gasto público dirigida a poner en acción las normas o actos sustantivos (a menudo extrapresupuestarias) que crean u originan el gasto público.

La Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de 2012 dictada en desarrollo del **art. 135** de la Constitución, además de establecer límites explícitos al déficit y al endeudamiento públicos, contempla en su art. 17 el “*principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos*” (eficacia, eficiencia y economía) a cuyo

fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público. En virtud de este principio la Ley Orgánica establece que las disposiciones normativas (legales y reglamentarias) así como los actos administrativos, contratos, convenios de colaboración y cualquier otra actuación de *todas* las Administraciones públicas que afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros “*deberán* valorar sus repercusiones y efectos y *supeditarse de forma estricta* al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

La virtualidad del principio constitucional de “*eficiencia y economía*” del gasto público se proyecta también sobre el ejercicio de la función de control externo de la actividad financiera del Estado (Parlamento y Tribunal de Cuentas). Y a estos efectos es irrelevante que haya desaparecido del texto del precepto la mención expresa del término “control” que sí figuraba, en cambio, junto a la programación y ejecución en el texto definitivo elaborado por la Comisión Constitucional del Senado. Porque, a fin de cuentas, el control se ejerce siempre, a través de sus diferentes modalidades, sobre el gasto público tal y como ha sido ejecutado y éste, a su vez, lo es de conformidad con la programación que al mismo le ha dado la Ley de Presupuestos. El mandato vinculante de este precepto abarca, pues, todo el ciclo presupuestario de la elaboración, aprobación, ejecución y control del Presupuesto de gastos. Pero su operatividad se manifiesta de manera decisiva en dos momentos de la actividad financiera:

- el de *elaboración del Presupuesto*, cuya estructura y técnicas de programación han de ajustarse a los criterios constitucionales enunciados. El Presupuesto por Programas y por Objetivos ha de establecer definiciones suficientemente claras y concretas de los objetivos perseguidos que permitan comprobar y medir el grado de realización de los mismos e incluir indicadores económicos de objetivos que hagan posible un análisis de los costes de los servicios realizados.
- el del *control de la ejecución presupuestaria*, estimulando una ampliación de las funciones y técnicas de control interno o externo tradicionales, de legalidad y de regularidad financiera y contable - imprescindibles en un Estado de Derecho y que es preciso mantener - hacia modalidades de control de eficiencia (análisis coste-beneficio y análisis coste-eficacia) y control operativo o de gestión que permitan verificar si el empleo de los recursos públicos se ha ejercido de la forma más productiva y al menor coste posible y si con dicha gestión económico-financiera se han alcanzado los objetivos previstos.

El mandato de “*asignación equitativa de los recursos públicos*”, vinculado, como hemos dicho, a la realización de los fines del Estado social y democrático de Derecho reconocidos constitucionalmente, se refiere al primero de los momentos; mientras que el mandato de “*eficiencia y economía*” de la programación y ejecución del gasto se refiere al segundo.

El riesgo, o más bien el desafío que plantea el precepto del art. 31.2 CE a las instituciones y órganos de control del Estado, es determinar hasta dónde alcanza la fuerza vinculante del Derecho que emana de la Constitución frente a la cruda realidad de la “naturaleza de las cosas” (aquello en virtud de lo cual éstas son lo que son y se comportan tal como son)

y a los límites de las demandas del Estado social que se proclama en el art. 1º CE. Dadas las evidentes dificultades de su aplicación y control jurisdiccionales por los Tribunales de Justicia (incluido el TC) y también para el Tribunal de Cuentas para fijar *la concreta medida* en que el legislador decide en cada caso realizar los derechos económicos y sociales de prestación enunciados como normas programáticas (“*principios rectores de la política social y económica*”) en el capítulo III de la Constitución. Como ya se ha dejado dicho en la doctrina (I. DE OTTO, J. JIMÉNEZ CAMPO) **(3)** “ninguna norma de ley puede ser juzgada con arreglo a su grado de consecución o de los objetivos fijados en una norma programática. Tales objetivos, como dice el art. 53.3 CE deben informar la función legislativa, pero esta exigencia carece de sanción jurídica. El compromiso [y el control] que establecen para el legislador estas normas programáticas es, pues, de carácter político”.

Y acaso sea significativo de estas dificultades el hecho de que - si exceptuamos la **STC 86/1985** sobre las ayudas a los centros docentes a que se refiere el art. 27.9 C.E., en la cual la apelación por parte del TC a “los principios orientadores del gasto público” del 31.2 C.E. “como vinculación positiva” de los poderes públicos forma parte de la *ratio decidendi* de la sentencia, para denegar la pretensión del recurrente en amparo de que las ayudas debían ser iguales para todos y cada uno de los centros docentes y por el solo hecho de serlo - el Tribunal Constitucional no haya sido llamado, hasta ahora, a pronunciarse sobre el art. 31.2 C.E. invocado *directamente* como fundamento de una demanda de inconstitucionalidad (recurso o cuestión), limitándose a menudo a menciones *obiter dicta*, más o menos retóricas, de este principio constitucional .

Las políticas de ajuste presupuestario para hacer frente a la crisis económica y financiera han puesto a prueba los mandatos constitucionales del **art. 31.2** C.E. No han faltado voces que denunciaran – no sin razón – que los postulados de “*una equitativa asignación de los gastos públicos*”, íntimamente vinculados a la efectiva realización de los fines del Estado social de Derecho, han cedido ante las exigencias de la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, ahora constitucionalmente reforzados con la reforma del **art. 135** C.E.

Será ardua tarea el que dicho precepto constitucional, por su difícil justiciabilidad, pueda alzarse como una norma jurídica eficaz de control jurisdiccional del poder financiero del Estado, con el riesgo de quedar relegado a lo que podría ser *el horizonte utópico de la Constitución fiscal* o, en frase de H.J. PAPIER, “*la fábrica de los sueños del Derecho Público*”.

3.- Control del gasto público, Estado social y Estado Autónomo

La depresión/ crisis de la economía y la consiguiente crisis fiscal del Estado, con la incapacidad del sistema tributario para allegar recursos suficientes para cubrir las necesidades de financiación de nuestra Hacienda pública, están poniendo en cuestión no

sólo la sostenibilidad financiera del Estado en su compleja estructura descentralizada (el Estado de las Autonomías), sino también las aspiraciones normativas de nuestro modelo constitucional de Estado social y democrático de Derecho.

El Estado social adopta en nuestros días la forma de “*Estado fiscal*”, en el sentido de que necesita detraer coactivamente recursos privados para realizarse como tal y cumplir los fines que constitucionalmente tiene asignados. Desde el punto de vista constitucional el individuo no es únicamente titular de derechos frente al Estado; en la medida en que se inserta en una comunidad política organizada asume – como ciudadano – *deberes* respecto del funcionamiento del Estado. Y entre ellos el primero y básico, pues de él depende la subsistencia del propio Estado, es el *deber fiscal* de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos sin otros límites que los que la Constitución establece respecto de la igualdad y legitimidad de la imposición en el art. 31. 1 y 3 CE.

Los ciudadanos 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 las generaciones futuras habrán de devolver con intereses más los intereses de los intereses.

La raíz del endeudamiento público 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. En ese contexto, “la elasticidad ilimitada del concepto de Estado social resulta especialmente peligrosa cuando la cultura de nuestros días tiende a convertir las apetencias en necesidades, las necesidades en derechos y, en consecuencia, los derechos en créditos frente a los poderes públicos” (HERRERO DE MIÑÓN) (4).

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 a *lo financieramente posible*. Y el Tribunal Constitucional debe valorar – y de hecho valora – esta circunstancia al enjuiciar las decisiones del legislador en materia de derechos sociales 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 de las Administraciones públicas establecidos en la reciente reforma constitucional del **art. 135 C.E** (vid. entre otras, **STC 77/1985** sobre ayudas a centros docentes; **SSTC 65/1987** y **127/1987** sobre modificación por Ley de Presupuestos de prestaciones complementarias de Mutualidades de Previsión del sistema de S.S.; **STC 134/1987**, sobre fijación de un límite máximo a las pensiones de jubilación de la S.S.; **STC 126/1994**, sobre los límites financieros a las prestaciones de la S.S.; o la reciente **STC 49/2015** sobre el Decreto-ley que deja sin efecto la actualización de las pensiones a la variación del IPC).

Los problemas del gasto público – su presupuestación, gestión y control – a menudo son olvidados por hacendistas y políticos, con una visión asimétrica, esquizofrénica, del

fenómeno financiero en sus dos brazos del ingreso y del gasto. Lo que puede conducir a una visión de las finanzas públicas donde la Hacienda destruya con la mano del gasto público lo que ha podido edificar trabajosamente con la mano de los ingresos (incluso mediante el endeudamiento público). Porque en contra de la percepción tan común respecto de los bienes públicos, en la Hacienda pública, sea por el lado de los ingresos como por el lado de los gastos, son *juegos de suma cero* el beneficio o ventaja de uno otro lo paga. No hay 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. El reproche de mala gestión o mal aprovechamiento de los recursos financieros escasos, que merecidamente podría dirigirse a muchos de nuestros gobernantes o dirigentes políticos, tiene escaso relieve en el debate político partidario, ahogado, como está, por el discurso de los benéficos frutos que siempre se atribuyen al gasto público del Estado social.

A todo ello hay que añadir la falta de correspondencia (esquizofrenia más que asimetría) entre las responsabilidades de gasto y las responsabilidades de ingreso de las Comunidades Autónomas.

Es sabido que una Administración – como es la Autonómica - 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) en que residen las fuentes principales de financiación; creando *ilusiones financieras* e incluso políticas en los ciudadanos al hacerlos menos conscientes del coste de los bienes y servicios públicos que reciben. Tras este efecto de *ilusión fiscal* es más fácil para los gobernantes autonómicos 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 (*transferencias desde el Estado*) que sus contribuyentes (y también electores) ni ven, ni pagan *directamente* a su Comunidad Autónoma.

Nuestras Haciendas territoriales se han concebido desde sus comienzos, de manera un tanto esquizofrénica, como *Haciendas de gasto*, con muy escasa o nula corresponsabilidad fiscal. Esto es, Haciendas *asimétricas* en las dos funciones esenciales que debe cumplir toda Hacienda pública para responder con sus ingresos del volumen de gasto que decide. Y el Presupuesto del Estado se ha convertido, así, en una enorme caja de distribución o reparto de recursos financieros a las Haciendas territoriales. Lo que unido al proceso de asunción de competencias en los Estatutos de Autonomía según el principio de que *todos hacen de todo*, sin que haya en la Constitución un deslinde claro de *quién hace qué*, ha determinado que las necesidades de financiación de las Administraciones territoriales fueran crecientes y su participación en el volumen total del gasto público, también.

Las rúbricas del gasto público prioritarias, por su cuantía y peso en el conjunto de las

Cuentas públicas, son: el servicio de la Deuda pública, las Pensiones y Prestaciones por Desempleo, Sanidad y Educación. Las dos primeras corresponden al Estado y las dos siguientes a las Comunidades Autónomas. El Estado gestiona aproximadamente en torno al 51% del gasto público total, las CC. AA. el 36% y las Corporaciones locales el 13% (frente a Alemania, p.ej., donde el Estado gestiona/controla el 63% del gasto, y los “Länder” el 20%). Estas cifras ilustran muy bien el nivel de descentralización política y financiera de nuestro Estado Autonómico.

Uno de los graves problemas del Estado Autonómico es el desajuste o desequilibrio entre las competencias transferidas o asumidas por las CC.AA. en sus Estatutos (educación, sanidad, servicios sociales y asistenciales, sistema nacional de ayuda a la dependencia, que absorben alrededor del 90 % del gasto total de sus Presupuestos) y los medios de financiación disponibles para su cobertura. En consecuencia, el gasto público de las CC.AA. ha crecido *más y a mayor velocidad* que el gasto del Estado y con escasa correspondencia con las oscilaciones del ciclo económico. Lo que ha estimulado que la demanda/necesidad de financiación por parte de las CC.AA., haya sido incesante. Constituyendo, así, uno de los factores determinantes del imparable aumento del déficit público y de la dificultad para su contención de acuerdo con los objetivos impuestos por la Unión Europea.

La descentralización de la actividad financiera consiguiente a la descentralización política del Estado Autonómico; el creciente vaciamiento de los Presupuestos Generales del Estado – convertidos cada vez más en una enorme caja de distribución global de fondos públicos para la financiación de las Administraciones territoriales – ; la dificultad para consolidar verdaderamente las cuentas de todas las Administraciones públicas; las reticencias e incluso resistencias políticas de las CC.AA. a los controles estatales y a todo programa de trabajo basado en el interés común (el “interés general de España” a que se refiere la Constitución) son todos ellos factores que no han contribuido a fortalecer las funciones que al Tribunal de Cuentas encomienda el **Art. 136** de la Constitución. Pese a que realmente su papel es ahora, si cabe, más importante para el buen gobierno de un Estado tan fuertemente descentralizado como es el Estado Autonómico. Descentralizado, eso sí, asimétricamente más por el lado del gasto que en el de los ingresos públicos; así como para el control eficaz del cumplimiento de los compromisos económico-financieros derivados de nuestra pertenencia a la Unión Europea y Monetaria. La creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) en cumplimiento de la normativa comunitaria, (subrayándose el carácter independiente del nuevo órgano) no ha contribuido tampoco a fortalecer la imagen y la función del Tribunal de Cuentas.

4.- Control del gasto público y el problema del límite al contenido prestacional de los derechos constitucionales

En este contexto de crisis económica y financiera y de ajuste presupuestario impuesto tanto por las nuevas normas constitucionales [art. 135 CE y L.O. de Estabilidad

Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de 2012] como por las del Derecho comunitario [Pacto de Estabilidad y Crecimiento de 1997 y sus normas de desarrollo (el llamado *Six Pack*) de 2011; Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 126), de 2007; Protocolo 12 (art. 1º) sobre procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo anejo al TFUE, de 2008; Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, de 2012; Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, de 2012] se ha producido tanto en España como en otros países europeos un fuerte debate en la doctrina - con una clara proyección tanto en la política como en el Derecho constitucional - avanzándose ciertas interpretaciones de la Constitución con el propósito de garantizar (*blindar*, como ahora se dice) los derechos sociales, que son consustanciales al Estado social de Derecho, frente a las políticas presupuestarias restrictivas del gasto público. Interpretaciones que, en mi opinión, son forzadas y voluntaristas.

Así, se ha afirmado (J.L. CARRO Y FERNÁNDEZ VALMAYOR, P. SALA SÁNCHEZ, T. DE LA QUADRA-SALCEDO) (5) que cabe predicar de los derechos económicos y sociales del capítulo III de la Constitución - sean derechos de actividad o de promoción, sean derechos de prestación o resultado - la existencia de “*un contenido esencial*” que no podría ser restringido o degradado, dejándose a la pura discrecionalidad del legislador. Que operaría como garantía y límite en el sentido del art. 53.1 CE y como parámetro de enjuiciamiento en vía jurisdiccional. Tesis encaminada a defender (y mantener) los niveles alcanzados en la prestación de los derechos sociales frente a las políticas de ajuste presupuestario.

Es, sin embargo, una tesis insostenible jurídicamente. Es obvio que de cada concepto de la Constitución, sea derecho, principio, instituto jurídico o mandato al legislador se puede predicar un contenido propio, más o menos definido, despojado o desprovisto del cual desaparecería o no volvería a ser exactamente lo mismo. A eso se le puede denominar, para entendernos, “contenido mínimo o contenido esencial”. Pero aquí no se trata de una reflexión ontológica sobre el contenido de los derechos constitucionales y los límites inmanentes a la configuración de los mismos, sino de algo más sencillo, a saber: cómo debe interpretarse el art. 53.1 CE (“*sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades*”) en tanto límite al legislador en su libertad de configuración cuando incide o afecta (restringe o constriñe) a un derecho fundamental consagrado en la Constitución. El límite del *contenido esencial* lo ha ceñido la Constitución a un ámbito bien preciso: *el de los derechos y libertades del capítulo segundo del título primero*. Y dicho límite no puede extenderse por las buenas, forzando las reglas de la hermenéutica jurídica, a otro ámbito distinto, el de los derechos económicos y sociales del capítulo III del título I, reconocidos bajo la rúbrica significativa de “*principios rectores de la política social y económica*” y a los derechos de configuración legal que cabe deducir de ellos. Normas programáticas que no pueden ser objeto de enjuiciamiento jurisdiccional por los Tribunales con arreglo a “su grado de consecución legislativa”; aunque, desde luego, sí objeto de enjuiciamiento político.

La denominada tesis de la “*irreversibilidad de los derechos sociales*”, según la cual una vez que ha tenido lugar la configuración legal y reglamentaria del orden económico y social o el desarrollo de los derechos sociales, la cláusula del Estado social de Derecho determinaría su carácter irreversible, al menos en cuanto a su “contenido esencial”, no tiene apoyo, ni expreso ni implícito, en la Constitución y choca abiertamente con el valor del pluralismo político que proclama al art. 1º CE.

Una variante de ella es la tesis de su “*reversibilidad limitada y condicionada*” que se ha abierto camino últimamente en cierta doctrina (P. SALA SÁNCHEZ, T. DE LA QUADRA-SALCEDO) y que se refleja también en cierto modo en el Voto particular discrepante de cuatro magistrados a la reciente **STC 49/2015**, de 5 de marzo (6) sobre la constitucionalidad del Decreto-ley 28/2012 que “dejaba sin efecto” la actualización de las pensiones a la variación anual del IPC establecida en la Ley General de la S.S. y la Ley de Clases Pasivas del Estado “*de acuerdo con lo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos*”. Tesis que, de contrario, viene a proponer una especie de *principio interpretativo restrictivo*, deducido de la cláusula del Estado social de Derecho del art. 1º. 1 C.E, de acuerdo con el cual se exigiría del legislador una *motivación reforzada* que justifique, con razones suficientes, el carácter ineludible del alcance y de las condiciones de tal retroceso. En el bien entendido de que no puede considerarse motivación suficiente para adoptar una restricción de un derecho social constitucionalmente reconocido “la apelación genérica a situaciones de crisis o incluso a los principios de sostenibilidad económica y estabilidad presupuestaria también recogidos en la Constitución”. Tesis que proyectaría sobre la acción del legislador una suerte de *juicio constitucional de proporcionalidad* [un juicio de ponderación sobre la preferencia entre los fines que se quieren conseguir y los sacrificios de derechos que exigen] cuando se trate de la afectación de los derechos económico-sociales del capítulo III de la Constitución que integran el núcleo básico del Estado social.

Juicio de proporcionalidad que, en mi opinión, se antoja de aplicación harto difícil y que puede acabar convirtiendo al Tribunal Constitucional en un *legislador positivo*, mediante una interpretación *hiperactivista* (optimizadora) de la Constitución, invadiendo la esfera de responsabilidad que corresponde al legislador democrático, por más que éste pueda ser uno de distinta orientación ideológica.

En este contexto hay que situar las propuestas avanzadas, tanto en la doctrina como por parte de algunos partidos políticos, de incluir en una eventual reforma de la Constitución la incorporación como “*derechos fundamentales del Capítulo II del Título I*” (es decir, como derechos públicos subjetivos exigibles *ex Constitutione* ante los Tribunales de Justicia) entre otros, el derecho a la vivienda, las pensiones, la sanidad, las ayudas del sistema nacional de dependencia o incluso el derecho al medio ambiente... al objeto de garantizarlos frente a la acción del legislador ordinario mediante la especial protección que les otorgaría su regulación en todo caso por ley y el respeto a su “contenido esencial”. Y lo que es todavía más problemático ¿esa protección alcanzaría también a su tutela jurisdiccional, preferente y sumaria, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional?. Es lo que ha venido a denominarse, en el lenguaje político de

estos tiempos, el “*blindaje*” de los derechos económicos y sociales con el propósito de hacerlos inmunes frente a las restricciones presupuestarias del legislador.

5.- *Conclusión*

Puesto que todos los derechos consagrados o reconocidos en la Constitución – todos, incluso los derechos básicos de libertad, civiles y políticos, del Título Primero, Capítulo Segundo, y no solamente los derechos económicos y sociales del Capítulo III – tienen un coste, pues todos ellos requieren inexcusablemente para su efectividad de la disposición por el Estado o los poderes públicos de medios financieros; y puesto que los recursos son escasos y susceptibles de empleos alternativos (el coste de oportunidad), las posibilidades financieras del Estado fiscal, su capacidad financiera, constituyen un elemento indispensable de la respuesta al interrogante de *qué derechos se prestarán y en qué medida*. No existen derechos absolutos o sin coste. “Tomar en serio los derechos equivale a tomar en serio la escasez” como dicen HOLMES y SUNSTEIN (7).

La cuestión que se abre a los juristas es *si y en qué medida* las restricciones presupuestarias pueden determinar el contenido normativo de los derechos que la Constitución consagra y *si y en qué medida* las condiciones económicas (o las restricciones presupuestarias) representan en cada caso *la concreta medida* del contenido de los derechos constitucionales. Cuestión dogmática, de profundo calado, que atañe a una pregunta fundamental en la construcción jurídica del Estado social y democrático de Derecho, a saber: si los derechos que se consagran en la Constitución, singularmente los denominados derechos económicos y sociales, deben reconocerse *sólo* en la medida de la capacidad financiera de prestación de los poderes públicos o, por el contrario, si el Estado *debe ser prestacional en la medida en que se reconocen derechos fundamentales*.

En el fondo lo que viene a cuestionarse con esta problemática respecto de los derechos sociales y económicos proclamados en la Constitución – como dice GOMES CANOTILHO (8) - es si el principio de *la universalidad de los derechos* sirve aquí, o si vale en la misma medida en que vale para los derechos individuales civiles y políticos. Porque el riesgo que se corre con la tendencia a la “*universalización*” de las prestaciones que emanan de los derechos sociales y económicos” es pasar de un discurso jurídico riguroso, centrado en categorías como “derechos subjetivos” o “deberes jurídicos”, a un discurso político-constitucional basado en “principios rectores” y “directivas jurídicas” y, en definitiva, en la confusión entre “*derechos*” sociales y “*políticas públicas* de derechos sociales”.

La respuesta a estos desafíos no es sencilla porque el problema tampoco lo es. Y 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 a problemas complejos que valen sólo sobre el papel, porque, como

suele decirse, “*el papel lo aguanta todo*”.

NOTAS

(*) Las ideas aquí expuestas se desarrollan con amplitud en mi libro, de reciente publicación, RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro “*La Constitución fiscal de España*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, 360 págs.

(1) SLOTERDIJK, Peter “*Fiscalidad voluntaria y responsabilidad ciudadana. Aportaciones a un debate filosófico sobre una nueva fundamentación democrática de los impuestos*”, trad. esp. Ed. Siruela, Madrid, 2014, pág. 59.

(2) Incorporado en las Cortes Constituyentes merced a una enmienda del entonces Senador por designación del Rey Prof. Enrique FUENTES QUINTANA, inspirada en la propuesta de un trabajo mío, RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro “Derecho financiero, gasto público y tutela de los intereses comunitarios en la Constitución”, en “*Estudios sobre el Proyecto de Constitución*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, págs. 345-361, cfr. César ALBIÑANA GARCÍA - QUINTANA, “Principios constitucionales del sistema presupuestario”, en “*Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*”, tomo V, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 4204.

(3) cfr. DE OTTO, Ignacio “*Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*”, Ed. Ariel, Barcelona, 1987, pág. 48; JIMÉNEZ CAMPO, Javier “*Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*”, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pág.129-130

(4) cfr. HERRERO DE MIÑÓN, Miguel “Unión Europea vs. Estado social”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, año LXV- Núm. 90. Curso Académico 2012-2013, pág. 391.

(5) cfr. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis “Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones sociales”, en “*Derechos Fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*”, vol. I, Zaragoza, 2008, págs. 373 y ss.; SALA SÁNCHEZ, Pascual “*La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica*”, Discurso de investidura como Doctor “Honoris causa” por la Universidad de Valencia, Universitat de Valencia, 2014, págs.71-76 y 68-83 y la bibliografía allí citada; DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás “Derecho público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general”, en “*Crisis y Constitución*”, XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, CEPyC, Madrid, 2014, págs. 75 y ss. en particular, págs. 117-131. En el mismo sentido el Voto particular discrepante a la reciente STC 49/2015, de 5 de marzo, que legitima constitucionalmente la decisión del Gobierno, mediante Decreto-ley, de no actualizar las pensiones según la variación anual del IPC, que suscriben los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré y Luis I. Ortega Álvarez (al que se adhieren los magistrados Adela Asúa y Juan Antonio Xiol).

(6) A juicio del TC en la reciente **STC 49/2015**, de 5 de marzo, tal disposición “no es, por tanto, una mera remisión a los efectos de que esa Ley [de la S.S. y de Clases Pasivas] habilite la correspondiente partida del gasto presupuestario, sino que supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes, todo ello con la

finalidad de asegurar la suficiencia y solvencia del sistema de Seguridad Social”. La cuestión controvertida en este caso (supuesta retroactividad de una norma restrictiva de derechos individuales), es si los preceptos de la legislación sustantiva (“*se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos*”) constituyen por sí mismos y por sí solos, de forma automática, a favor de los particulares (“se procederá”, “se abonará”) una obligación económica del Estado perfecta, válidamente contraída en sentido técnico-jurídico (arts. 20 y 21 de la LGP), sin otro condicionamiento que diferir el momento de su ejecución o cumplimiento a la ley de PGE, creando así una situación jurídica consolidada, como se sostiene en el Voto particular discrepante; o, por el contrario, se trata de una mera expectativa de derecho, al ser la propia Ley de Presupuestos en su caso la que, a tenor de lo dispuesto en la legislación sustantiva (“de acuerdo con lo que establezca la Ley de PGE”), crea y hace nacer una obligación económica del Estado dotándola del correspondiente crédito presupuestario, como afirma la Sentencia.

(7) 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, en particular págs. 117-120, pág. 153.

(8) GOMES CANOTILHO, 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, pág. 39.