

DERECHOS SOCIALES, CRISIS ECONÓMICA Y PRINCIPIO DE IGUALDAD

Marcos Vaquer Caballería

Alguno replicará: qué bonito lo que estás diciendo. Pero ¿dónde está el dinero para hacer todo esto?

Yo estoy tan lejos de creer que ha de sobrar como cierto de que ha de haber suficiente para hacer frente no sólo a las necesidades cotidianas sino también a las extraordinarias, que en gran cantidad aparecen a veces en cualquier ciudad.

Juan Luis Vives

De subventione pauperum (1526)¹

Cambios recientes y situación actual de las prestaciones sociales tras cuatro años de crisis económica: su incidencia sobre el Estado social

La economía pública española, que había llegado a presentar superávit en los ejercicios precedentes, entró en déficit a partir de 2008, que alcanzó su máximo en 2010 y que, aunque ha empezado a reducirse a partir de 2011, debe aún disminuir sensiblemente para alcanzar los objetivos marcados por el pacto de estabilidad en la Unión Europea.

Entre otras medidas, este objetivo de reducción del déficit ha desencadenado sucesivos recortes en los presupuestos públicos de gasto, ya sea del Estado, de las CCAA o de los entes locales. A ello obliga no sólo el volumen del déficit sino también su composición: en una coyuntura de crisis económica, en la que ha caído la actividad y más aún el empleo, descenden los ingresos fiscales al tiempo que se eleva el gasto provocado por los “estabilizadores automáticos”, tales como las prestaciones por desempleo, lo que deja escaso margen en el corto plazo para la financiación de otros programas de gasto, que no estén comprometidos por ley o por obligaciones internacionales o de carácter plurianual. Esto sitúa en el punto de mira a las operaciones corrientes y, en particular, al llamado “gasto social”.

En el caso español, la contracción que describimos es especialmente intensa dentro del panorama europeo, porque aquí la crisis financiera internacional se ha visto agravada por una crisis del sector inmobiliario devastadora, no ya sólo por el peso relativo de este sector en nuestra estructura económica y por su ca-

1. Traducción de Luis Fraile Delgado, *El socorro de los pobres. La comunicación de bienes*, Madrid, Tecnos, 1997, pág. 96.

rácter muy intensivo en empleo poco cualificado, sino también por su altísimo apalancamiento, que habíamos financiado en el mercado hipotecario generando un enorme volumen de deuda privada exterior que lastra pesadamente la reactivación del crédito.

Así pues, nos vemos abocados a un ajuste especialmente intenso. Pero no es esta nuestra única peculiaridad: también es forzoso observar que emprendemos tan penoso camino cuando aún no habíamos consolidado nuestro Estado de bienestar en niveles homologables a los de nuestros países vecinos.

Según el Banco de España, en 2007 (último año previo al estallido de la crisis y con información completa disponible), nuestro producto interior bruto ya alcanzaba el 96,2% del nivel medio de la Unión Económica y Monetaria (UEM) y, sin embargo, nuestro gasto público en educación todavía representaba un 84,1%, el gasto sanitario un 82,5%, el dedicado a seguridad social un 74,9% y el de vivienda sólo un 45% de la media en la UEM.

En el caso de la salud, existen evidencias que permiten afirmar que disfrutamos de uno de los mejores sistemas públicos de salud del mundo, por lo que la relativa escasez de recursos públicos a él dedicados no debe interpretarse como ineficacia del derecho a la salud, sino más bien como eficiencia en su consecución. Según las *Estadísticas sanitarias mundiales* de la OMS, España ocupa posiciones elevadas no sólo en esperanza de vida, sino también en cobertura de los servicios y en medios sanitarios, homologables o incluso por encima de otros países avanzados que gastan mayor proporción de su PIB en sanidad. Pero en materia de educación o de vivienda la situación es algo diversa: los sucesivos Informes PISA (*Programme for International Student Assessment*) de la OCDE o los datos comparativos disponibles sobre esfuerzo de acceso a la vivienda o emancipación de los jóvenes, respectivamente, nos hablan más bien de un largo recorrido pendiente para fortalecer la efectividad de estos derechos en nuestro país.

Paradójicamente, España y otros países del sur de Europa especialmente azotados por la crisis están a la vanguardia de la constitucionalización de los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, las de Grecia (1975), Portugal (1976) y España (1978) conforman una generación de constituciones destacada por su ambición en la proclamación de derechos al servicio del principio de cohesión o solidaridad social². Como los derechos a la educación, a la salud o a la vivienda, por ejemplo, que se acompañan de mandatos correlativos de acción positiva o de prestación dirigidos a los poderes públicos.

Más aún: en algunos casos, a fuer de garantizar una prestación pública, la Constitución también condiciona su forma de financiación, de manera que su cumplimiento no compromete sólo el ejercicio de las potestades de regulación y organización de las prestaciones, sino también el ejercicio de la capacidad fi-

2. El principio de cohesión social lo afirma, por ejemplo, el art. 3 del Tratado de la Unión Europea y su Declaración de Derechos Fundamentales dedica un capítulo a los que llama derechos de solidaridad. La solidaridad social es, asimismo, un principio constitucional expreso en Italia o en Portugal, por ejemplo. En España, puede interpretarse que es un principio implícito de nuestra Constitución, al que en efecto se ha referido su máximo intérprete en las SSTC 134/1987, de 21 de julio (F.J. 5º), y 100/1990, de 30 de mayo (F.J. 2º) (VAQUER, 2002: 65-74).

nanciera del Estado. Así, por ejemplo, el art. 16 de la Constitución helena no sólo dispone que la educación obligatoria durará como mínimo 9 años, sino que a continuación reza: “Todos los helenos tendrán derecho a la instrucción *gratuita* en todos sus grados en los establecimientos del Estado. El Estado prestará *ayuda económica* a los estudiantes que se distinguen entre los demás, así como a los que necesitan asistencia o protección particular, en función de sus capacidades.” Por su parte, el art. 63 de la Constitución portuguesa atribuye al Estado el deber no sólo de organizar y coordinar, sino también *subvencionar* un sistema de seguridad social. Su art. 64 afirma que el derecho a la protección de la salud se realiza “mediante un servicio nacional de salud universal y general y, atendiendo a las condiciones económicas y sociales de los ciudadanos, tendente a la *gratuidad*”. Y su art. 74 manda al Estado “establecer progresivamente la *gratuidad* de todos los niveles de enseñanza” (las cursivas son mías).

Como se observa, todos los preceptos citados en el párrafo anterior se refieren a la educación o la seguridad social. En estas materias es, en efecto, donde se concentran los mandatos prestacionales constitucionalmente más determinados. También en España -aunque nuestra Constitución ha sido más comedida al comprometer el gasto público- puede observarse una gradación en la determinación constitucional de las prestaciones sociales, que no es ni mucho menos uniforme.

Sólo la educación constituye un derecho fundamental de la Sección 1ª del Capítulo II de la Constitución española. Además, el art. 27 llega a mandar a los poderes públicos crear centros docentes y proclama el carácter obligatorio y gratuito de la enseñanza básica. Por su parte, el art. 41 manda a los poderes públicos mantener “un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos”, mientras que en materia de salud el art. 43 exige “las prestaciones y servicios necesarios”, sin especificar si deben o no ser públicos, y para la vivienda el art. 47 ya tan sólo manda “promover las condiciones necesarias”. Probablemente, el constituyente no fue ajeno al distinto grado de desarrollo de los sistemas prestacionales existentes en las cuatro materias aludidas en aquel momento. Y, a la vista de dicha situación y del distinto grado de compromiso constitucional, se comprende que hoy tanto la educación como la seguridad social y la sanidad hayan sido desarrollados por el legislador como derechos subjetivos de prestación plenos, sustentados en sistemas prestacionales universales muy sofisticados y costosos, mientras que la vivienda diste de serlo.

Como es sabido, la plena eficacia como derechos subjetivos de los “principios rectores” recogidos en el capítulo III del Título I de nuestra Constitución pasa por su desarrollo legislativo (art. 53.3 CE). Y la legislación de desarrollo de la Constitución (incluida la preconstitucional que ha asumido sobrevenidamente esta función) ha ido configurando, en efecto, derechos subjetivos de prestación perfectos en alguna de estas materias. Primero, en educación y en seguridad social, de la que después se desgajaría la sanidad cuando se configura el sistema nacional de salud. El “cuarto pilar” o sistema prestacional garantizado por ley en España desde hace poco más de un lustro es el de la dependencia. Y sin tanta ambición sistemática ni alcance universal, el legislador también empezó en los años previos a la crisis a configurar y garantizar como derechos subjetivos ple-

nos algunas prestaciones sociales tales como las rentas mínimas de inserción y los servicios sociales básicos o garantizados (TORNOS, 2005: 378-388) y residenciales, tales como alojamientos para los “sin techo” y otras personas en estado de necesidad o la renta básica de emancipación para los jóvenes (VAQUER, 2011a: 59-71).

Por último y ya mientras se gestaba la crisis económica, la última generación de Estatutos de Autonomía ha intermediado entre la Constitución y las leyes ordinarias de desarrollo, desarrollando y ampliando los citados principios y derechos del Capítulo III de aquélla. El abanderado y más notorio caso es el del Estatuto de Cataluña de 2006. Por lo que se refiere a la dimensión financiera de estas prestaciones, el Estatuto añade en su art. 21 a la gratuidad de la enseñanza obligatoria la de “los demás niveles que se establezcan por Ley” y afirma el derecho “a disponer, en los términos y condiciones que establezcan las Leyes, de ayudas públicas para satisfacer los requerimientos educativos y para acceder en igualdad de condiciones a los niveles educativos superiores”, en el art. 23, el “derecho a acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios de responsabilidad pública, en los términos que se establecen por Ley”, y en el art. 24 afirma que “las personas o las familias que se encuentran en situación de pobreza tienen derecho a acceder a una renta garantizada de ciudadanía que les asegure los mínimos de una vida digna, de acuerdo con las condiciones que legalmente se establecen”.

Como es conocido, el TC se ha pronunciado sobre la eficacia de estos “derechos” estatutarios, negando que puedan ser ni afectar a los derechos fundamentales pues éstos “son, estrictamente, aquellos que, en garantía de la libertad y de la igualdad, vinculan a todos los legisladores” y en consecuencia sólo pueden ser “tales, justamente, por venir proclamados en la norma que es expresión de la voluntad constituyente”, mientras que los proclamados en los estatutos son “derechos que sólo vinculen al legislador autonómico ... y derechos, además, materialmente vinculados al ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma” (STC 31/2010, de 28 de junio, F.J. 16º). Hasta aquí una interpretación sobre la eficacia de los derechos estatutarios y su relación con los derechos constitucionales fundamentada en la posición que ocupan sus respectivas fuentes en el ordenamiento jurídico. Lo sorprendente, a mi juicio, es que a este razonamiento le sigue otro regresivo y poco matizado sobre la naturaleza de los derechos sociales, ya sea constitucional o estatutaria su fuente:

“Ahora bien, bajo la misma categoría “derecho” pueden comprenderse realidades normativas muy distintas, y será a éstas a las que haya de atenderse, más allá del puro *nomen*, para concluir si su inclusión en un Estatuto es o no constitucionalmente posible. En efecto, ya en la propia Constitución bajo el término “derecho” se comprenden tanto verdaderos derechos subjetivos como cláusulas de legitimación para el desarrollo de determinadas opciones legislativas, si bien en ambos casos se trata siempre, al cabo, de mandatos dirigidos al legislador, bien imponiéndole un hacer o una omisión que se erigen en objeto de una pretensión subjetiva exigible ante los Tribunales de justicia; bien obligándole a la persecución de un resultado sin prescribirle específicamente los medios para alcanzar-

lo y sin hacer de esa obligación el contenido de ningún derecho subjetivo, que sólo nacerá, en su caso, de las normas dictadas para cumplir con ella. Normas, en definitiva, que prescriben fines sin imponer medios o, más precisamente, que proveen a la legitimación de la ordenación política de los medios públicos al servicio de un fin determinado.”

La proclamación por la Constitución de un bien jurídico como un “derecho” no puede ser un *flatus vocis*, ya que “nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos” según doctrina reiterada del Alto Tribunal (por todas, STC 12/1994, de 17 de enero, F.J. 6º). Luego tampoco puede interpretarse como una mera licencia literaria para expresar una “cláusula de legitimación para el desarrollo de determinadas opciones legislativas”, habida cuenta de que tales opciones no requieren legitimación constitucional expresa en un Estado democrático, donde por el contrario caben todas las que no sean contrarias al orden constitucional.

Y si lo que ha pretendido afirmarse es que estos preceptos prescriben fines con el único fin de legitimar su ponderación con otros derechos y “opciones legislativas” limitadoras de estos últimos, como por ejemplo el de propiedad por el derecho a la vivienda, o el de libre empresa por el derecho al medio ambiente, hay que responder que se está igualmente devaluando el texto constitucional, pues para este viaje no hacían falta tales alforjas: la propiedad está en todo caso delimitada por su función social, que cumple determinar al legislador (art. 33 CE), y la libertad de empresa por la ordenación de la economía (art. 38 CE). De la simple lectura de los arts. 45 y 47, por seguir con los ejemplos puestos, se infiere claramente que su función constitucional va más allá de una “cláusula legitimadora” de opciones legislativas o de la limitación de otros derechos.

Es cierto que no todos los derechos constitucionales o estatutarios despliegan la misma eficacia, pues tampoco tienen el mismo objeto, los mismos sujetos ni el mismo contenido. Pero no podemos seguir haciendo una interpretación *tópica* del Título I de la Constitución, sobre la que debe primar una interpretación *sistemática y finalista* capaz de descubrir las relaciones existentes entre ellos al servicio de la dignidad de la persona (VAQUER, 2002: 91-94 y 2011a: 37-52) y de relativizar las fronteras entre derechos de libertad, de participación y de prestación y entre derechos subjetivos y principios objetivos o mandatos al legislador, como propugna la doctrina más progresiva en la materia (PRIETO SANCHÍS, 1995, FERRAJOLI, 1999, PAREJO, 2002, ABRAMOVICH y COURTIS, 2005, PISARELLO, 2009). En todos los bienes jurídicos protegidos en el Título I de la Constitución podemos hallar una diversa combinación de todo ello, por lo que las diferencias son de grado, no de esencia.

En efecto, la efectividad de la libertad requiere prestaciones públicas (por ejemplo, en policía de seguridad para prevenir sus violaciones o en administración de justicia para repararlas), del mismo modo que los derechos de prestación demandan libertad en su disfrute (por ejemplo, consentimiento informado para un tratamiento de salud o ausencia de acoso inmobiliario en el disfrute de la vivienda). Las libertades públicas y demás derechos constitucionales tienen también una dimensión objetiva trascendente, como principios del ordenamiento, por su relevancia para el orden político y la paz social, y no por ello pierden su

condición de derechos subjetivos. La educación o la tutela judicial efectiva son derechos fundamentales, pese a tener un contenido eminentemente prestacional. El contenido central de la propiedad es una libertad, y sin embargo es un derecho de carácter estatutario y configuración legal. Y los derechos sociales o de tercera generación tienen un contenido preponderantemente prestacional, que los hace necesariamente relativos (GARCÍA MACHO, 1982: 97) o condicionados (CARRO y MÍGUEZ, 2011: 396-397) y de configuración legal, pero ello no priva a su eficacia de toda dimensión subjetiva, como derechos *in fieri*, que el legislador de desarrollo no sólo puede sino que *debe* perfeccionar, instituyendo la provisión de medios adecuados y también de resultados demandables judicialmente.

Los derechos sociales, en suma, no se proclaman en el capítulo III del Título I de la Constitución sólo como principios o mandatos, sino que tienen también una dimensión subjetiva: la tienen *per relationem* con otros derechos constitucionales (igualdad, integridad física y moral, inviolabilidad del domicilio, etc.) y la tienen también *per se* de forma inmediata, aunque limitada porque su plena justiciabilidad pasa por su desarrollo legal. Pero la identificación entre derecho y acción es más propia del Estado liberal que del social, e incluso puede ser un sarcasmo cuando nos referimos a derechos cuyos titulares pueden ser pobres y excluidos sociales, cuyo acceso a la tutela judicial es escaso. De hecho, la propia Constitución contempla otras garantías de los derechos constitucionales además de la acción judicial: en el propio art. 54 instituye el Defensor del Pueblo para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I, y a estos efectos no parece haber reparos en que tales derechos incluyen los sociales del Capítulo III.

En todo caso, una cosa es la eficacia (entendida como capacidad para producir efectos jurídicos) y otra muy distinta la efectividad (realización o cumplimiento de tales efectos) de estos derechos y mandatos, que ya hemos visto que era dudosa en España incluso antes de irrumpir la crisis y que se cuestiona hoy abiertamente. Pero esto no puede escandalizarnos o siquiera extrañarnos. La Constitución portuguesa también proclama el principio de “subordinación del poder económico al poder político democrático” en su art. 80, así que un *jurista persa* recién llegado al país vecino empezaría por afirmar que la coyuntura actual es expresamente inconstitucional, globalmente considerada y en puridad.

La ponderación entre derechos sociales y estabilidad presupuestaria tras la modificación de la Constitución

Después de tres décadas de inmovilismo constituyente (que no de inmovilidad constitucional, ya que nuestra Constitución ha mutado su sentido y alcance, sobre todo a partir de nuestra adhesión a las comunidades europeas) sólo interrumpidas por la modificación del art. 13 de la Constitución requerida para dar cumplimiento a los Tratados comunitarios, las Cortes Generales han modificado el art. 135 de la Constitución española en 2011 por un procedimiento de urgencia, por lectura única y sin referéndum que ha supuesto un récord de celeridad, hasta el punto de que habría sido legalmente imposible alterar con la misma prontitud cualquier reglamento ejecutivo de una ley cualquiera. En efecto, la proposición conjunta de los grupos socialista y popular tuvo entrada en el

Congreso el 26 de agosto y la reforma fue sancionada, promulgada y publicada en todas las lenguas oficiales el 27 de septiembre, fecha en la que entró en vigor (si bien los límites de déficit estructural que establece lo harán a partir de 2020).

Lo primero que cabe destacar del nuevo precepto es su extensión: de las mayores de todos los artículos de la Constitución española y desde luego muy superior a la de los dos escuetos apartados que dedicaba su redacción original a regular la emisión y liquidación de deuda pública del Estado, lo que ya nos indica la importancia atribuida ahora por el legislador constituyente al principio de estabilidad presupuestaria.

Porque el principio de estabilidad presupuestaria enunciado en el apartado 1 es el fundamento y fin de toda la nueva regulación. Y su determinación se articula a partir de dos criterios complementarios: los de limitación y control del déficit público estructural (ap. 2) y de la deuda pública (ap. 3), pues una y otra magnitud expresan o revelan la situación y la tendencia, respectivamente, de la economía pública de un país. No se trata aquí de analizar exhaustivamente el nuevo principio de estabilidad presupuestaria, su alcance y los criterios para su determinación espacio-temporal, sino sólo de reflexionar brevemente acerca de su incidencia sobre la cláusula del Estado social.

Aunque sin duda relacionada con la de “estabilidad económica” del art. 40.1 CE, ésta de “estabilidad presupuestaria” es una noción más específica y, por ello mismo, diferente. En efecto, tal y como aparece enunciada en el art. 40 CE, la estabilidad económica es una orientación general de la política económica que puede incluir la estabilidad presupuestaria pero que, de hecho, no alude expresamente a ella sino a valores cuya realización puede verse comprometida –al menos a corto plazo- por una férrea estabilidad presupuestaria, como son “el progreso social y económico” y el “pleno empleo”. Así planteada, la estabilidad económica no pugna con la cohesión social, sino que contribuye a ella. Y la relajación presupuestaria coyuntural o contracíclica para estimular la actividad económica y el empleo en tiempos de crisis era una opción constitucionalmente legítima al amparo del art. 40 CE, entre otras opciones de política económica. Sin embargo, este margen de apreciación empezó a restringirse por virtud del Derecho originario de la Unión Europea -cuyo Tratado de Funcionamiento manda en su art. 126 a los Estados miembros evitar déficits públicos excesivos, otorga a la Comisión poderes de supervisión de la disciplina presupuestaria y al Consejo para declarar y corregir los déficits excesivos³- y queda ahora muy limitado en el marco de la nueva redacción del art. 135 de la Constitución.

Más allá de este principio abierto de estabilidad económica, hasta ahora las normas de gestión económica del sector público contenidas en la Constitución española operaban en un plano exclusivamente modal: contenían criterios sustantivos pero instrumentales (como los de progresividad de los tributos y de eficiencia y economía del gasto público: 31.2) y reservas de ley (para establecer

3. Análogamente a la nueva redacción de nuestra Constitución, los criterios de referencia sobre disciplina presupuestaria del Tratado son los de proporción del déficit público y de la deuda pública con el PIB, y los valores máximos de referencia fijados en el Protocolo anejo son, respectivamente, del 3 y del 60%.

tributos: art. 133, para presupuestar los ingresos y gastos del sector público: art. 134, para autorizar la emisión de deuda: art. 135). La principal novedad de la reforma hecha radica en que introduce un verdadero principio, el de estabilidad presupuestaria, que ya no cabe utilizar sólo instrumentalmente para aplicar los fines constitucionales, sino que se erige en un fin en sí mismo (de ahí su plasmación en un principio, definible en la concepción de Robert Alexy como un “mandato de optimización”) que habrá que ponderar con los principios y derechos constitucionales vigentes hasta ahora. Dicha ponderación puede expresarse así: máxima consecución de los principios y derechos del Estado social con mínima desviación de la estabilidad presupuestaria.

El preámbulo de la reforma constitucional alude a este cambio axiológico cuando expone que con ella “la estabilidad presupuestaria adquiere un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social que proclama el art. 1.1 de la propia Ley Fundamental y, en definitiva, de la prosperidad presente y futura de los ciudadanos. Un valor, pues, que justifica su consagración constitucional, con el efecto de limitar y orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos.”

Así pues, a partir de ahora, los poderes públicos deberán perseguir conjuntamente los objetivos de optimización de las prestaciones sociales (educación, cultura, sanidad, protección social, dependencia, vivienda) y de estabilidad presupuestaria, ponderando entre ellos según sean las necesidades sociales, de un lado, y de otro las disponibilidades y previsiones presupuestarias en cada momento y lugar.

Pero además, en segundo lugar, ahora se atribuye rango constitucional a los límites máximos al déficit estructural y a la deuda pública que se fijen mediante ley orgánica, a la que la Constitución remite. Mientras que nunca ha establecido –ni por sí misma ni por remisión– límites mínimos a las prestaciones sociales a que tienen derecho los ciudadanos (salvedad hecha de la educación obligatoria gratuita), los cuales quedan en manos de la legalidad ordinaria y muchas veces diferidos incluso a normas de rango reglamentario por su mutabilidad coyuntural, como ocurre con las prestaciones básicas o garantizadas del sistema nacional de salud o de los sistemas autonómicos de servicios sociales.

Esta asimetría provoca que, una vez alcanzados o superados los límites del déficit o de la deuda, ya no quepa ponderación alguna con el principio de estabilidad presupuestaria, sino que será de aplicación la regla prohibitiva de toda pretensión de desarrollo o ampliación de los derechos sociales que conlleve aumento del gasto público. Expresado en otros términos: en ese supuesto de hecho, la estabilidad presupuestaria ya no opera como principio o “razón prima facie” requerida de determinación y ponderación, sino como regla o “razón definitiva” (según la conocida terminología de Alexy) de carácter prohibitivo. Y lo que era un juicio de ponderación queda reducido a un juicio de subsunción.

En situaciones de crisis económica, suele aumentar el déficit público (disminuye la recaudación tributaria) pero también aumentan las necesidades sociales a las que subviene la actividad prestacional de la Administración (prestaciones

técnicas o de servicios y prestaciones dinerarias como las pensiones por desempleo, por ejemplo) y, por tanto, se hace más patente la tensión entre los principios de estabilidad presupuestaria y de solidaridad o cohesión social. Pues bien, si se supera el déficit estructural máximo, el restablecimiento del equilibrio presupuestario impedirá cualquier regla o medida social que aumente el gasto mientras no se arbitren otras que reduzcan otros gastos públicos o aumenten los ingresos en igual o mayor medida.

Esta prevalencia será la regla general y la excepción sólo operará “en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado”. Un supuesto de hecho ciertamente indeterminado, por no decir impreciso: ¿qué es la “sostenibilidad social del Estado”? y ¿cuándo una “situación de emergencia extraordinaria” escapa al control del Estado y la perjudica “considerablemente”?

Su determinación se remite a la ley orgánica llamada a cumplir una función de desarrollo constitucional en esta materia⁴ e integrarse en el bloque de la constitucionalidad. Por ello mismo, la Ley no debe ser demasiado rígida ni en la fijación de los valores limitativos del déficit y de la deuda ni en la determinación de los supuestos de excepción, pues si cayera en la tentación de blindar una opción de política económica hasta el punto de excluir a otras alternativas, vulneraría la cláusula de Estado democrático y su valor superior del pluralismo político (art. 1.1 CE), por cuya virtud las Cortes Generales ejercen anualmente la potestad presupuestaria a iniciativa del Gobierno en la Ley de presupuestos (art. 66.2 y 134 CE).⁵

Dentro de la familia de los derechos constitucionales, sin duda los más frágiles y sensibles a los recortes presupuestarios son los derechos económicos, sociales y culturales. Por varias razones. Una de ellas es su relativa juventud: son la última generación de derechos constitucionales, incorporados a algunas las Constituciones más modernas a partir de la configuración de la cláusula del Estado social. Otra se debe a su contenido, pues constituyen derechos de prestación cuya efectividad requiere mayor medida de gasto público. Lo primero hace que estén menos consolidados política, social y jurídicamente, lo segundo los

4. Estamos, como ha afirmado la STC 157/2011, de 18 de octubre, y han reiterado otras sucesivas hasta la 203/2011, de 14 de diciembre, “ante un mandato constitucional que, como tal, vincula a todos los poderes públicos y que por tanto, en su sentido principal queda fuera de la disponibilidad -de la competencia- del Estado y de las CCAA. Cuestión distinta es la de su desarrollo, pues aquel sentido principal admite diversas formulaciones, de modo que será ese desarrollo el que perfilará su contenido”.

5. Hasta el momento, el TC Federal alemán ha sido más incisivo que el español a la hora de establecer límites constitucionales a la integración europea y sus respuestas a la crisis desde la perspectiva, justamente, del principio democrático y su plasmación en la autonomía presupuestaria del parlamento, tanto en su formación actual como en las futuras. Puede verse, por ejemplo, la Sentencia de su Sala 2ª de 7 de septiembre de 2011 acerca de las medidas del “rescate griego” (BVerfG, 2 BvR 987/10), que abunda en una doctrina antes sentada en la Sentencia de 12 de octubre de 1993 sobre el Tratado de Maastricht (BVerfGE 89, 155).

convierte en objeto apetecido de las decisiones de reducción o indisponibilidad de créditos presupuestarios.

Si la recesión económica no es un proceso agudo sino crónico –y ya hemos tenido una recaída–, la crisis será crecientemente social. La propia Comisión Europea destaca entre los mensajes clave de su Informe *The social situation of the European Union 2009* (2010: 7) que “habrá que vigilar estrechamente las consecuencias sociales de las consolidaciones presupuestarias”.⁶

La relevancia jurídica de los caminos para la consolidación financiera

Asistimos a un debate ideológico y técnico sobre la magnitud, la rapidez y los instrumentos del ajuste, pero parece pacífico que éste debe hacerse porque los niveles de déficit y deuda públicos alcanzados no son sostenibles. La reducción del déficit público puede encauzarse por tres vías básicas: la reducción o supresión de compromisos de gasto (3.1), el incremento de las fuentes de financiación o de su volumen (3.2) y la optimización de la relación entre ingresos y gastos, de manera que se alcancen los mismos objetivos con menor consumo de recursos, esto es, se gane en eficiencia, lo que a su vez puede pretender hacerse manteniendo el régimen jurídico de la prestación (3.3) o abriéndolo a la iniciativa privada, ya sea solidaria o competitiva (3.4). Estas opciones pueden articularse de manera alternativa o complementaria. Y todas han sido ya puestas en práctica en los sectores de la acción administrativa que aquí nos interesan. Lo veremos a continuación con algunos ejemplos sintomáticos, que se citan aquí sólo a efectos ilustrativos, sin un ánimo exhaustivo que escapa al objeto de esta contribución.

Evidentemente, la combinación que se decida entre estas opciones no es jurídicamente indiferente. No en un Estado social de Derecho, cuyo bloque de la constitucionalidad no se limita a establecer y organizar el poder público, sino que también le dicta fines y le manda ser eficaz a su servicio. Ésta es la perspectiva que interesa a los efectos de este trabajo.

Y desde ella cobra especial importancia que, en estos tiempos de crisis en los que se aceleran las reformas y se impulsan los ajustes y recortes, se ponga especial cuidado en la motivación de las medidas que se proyectan y aprueban, de forma que se justifique la licitud de los fines perseguidos, la necesidad e idoneidad de los medios articulados para alcanzarlos y la proporcionalidad en el sacrificio de principios y derechos, en su caso. Influida por la corriente internacional de la mejora regulatoria (*better regulation*), la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y otras disposiciones estatales y autonómicas concordantes han arbitrado técnicas de evaluación prospectiva y retrospectiva de las normas que, aunque concebidos y orientados más bien para impulsar la

6. Y sigue: “*The impact on individual households will depend on how well benefit systems protect them, notably beyond the first period of unemployment when social insurance benefits run out and they become entitled only to less generous means-tested support. All households, whether or not affected by unemployment, may be hit either by tax cuts (which will mean less government spending on education, child care, health and long-term care) or by higher taxes, social security contributions and user fees.*” (COMISIÓN EUROPEA, 2010: 8).

competitividad económica (VAQUER, 2011b: 106-110), también podrían y deberían servir a estos efectos.

El recorte de las prestaciones

En materia de vivienda -una competencia autonómica sujeta a regulación básica estatal y dotada de financiación eminentemente estatal también- el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, ya fue reformado por Real Decreto 1713/2010, de 17 de diciembre, con el objeto de suprimir una subvención tradicional al comprador de vivienda protegida (la ayuda estatal directa a la entrada, AEDE) y reducir la cuantía de algunas de las restantes ayudas a la promoción y el acceso a la vivienda protegida. Todo ello porque “se ha hecho imprescindible afrontar un gran esfuerzo de contención y reajuste presupuestario por las Administraciones públicas”. Posteriormente, el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, ha derogado el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes, “atendido el contexto de austeridad y contención en el gasto público que hace necesario dejar sin efecto la medida de política económica de carácter coyuntural que dicha norma regulaba”.

Por otro lado, este mismo Decreto-ley ha modificado la disposición final 1ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Dependencia, para ampliar los plazos establecidos para la efectividad del derecho a las prestaciones, que la ley escalona de forma inversamente proporcional a la gravedad del grado y nivel de dependencia de sus titulares.

En ninguno de los casos mencionados, las normas restrictivas o supresoras de las prestaciones correspondientes se fundamentan en la ineficacia de dichas prestaciones, ni en su inoportunidad, ni en su sustitución o mejora por otras de nuevo cuño, sino que simplemente apelan a la necesidad de ahorrar, a tenor de los incisos de sus respectivos preámbulos que hemos reproducido.

Estos recortes devuelven a la actualidad el viejo debate científico sobre la reversibilidad de las prestaciones sociales y la jurisprudencia constitucional que lo ha zanjado entre nosotros (COBREROS, 1987, PAREJO, 2000). El TC, a propósito de la seguridad social del art. 41 CE (que la consagra como garantía institucional: STC 37/1994, de 10 de febrero), ha entendido que “es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema *en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél*” (SSTC 65/1987, de 21 de mayo, F.J. 17º, y 128/2009, de 1 de junio, F.J. 4º, la cursiva es mía), lo que ha llevado al Alto Tribunal a aceptar asimismo su discrecional reversibilidad por el legislador, pues su garantía “no equivale al mantenimiento incólume del régimen establecido” (STC 37/1994, cit.).

Así pues, el legislador goza de un amplio margen de apreciación para revisar, restringir e incluso derogar prestaciones sociales configuradas al amparo de los

derechos sociales consagrados en nuestra Constitución, aunque también es cierto que dicho margen es amplio, pero no ilimitado. Como también ha razonado nuestro TC a propósito de los arts. 9.2 y 35 de la Constitución, “no se puede privar al trabajador sin *razón suficiente* para ello de las conquistas sociales ya conseguidas” (STC 81/1982, de 21 de diciembre, F.J. 3º, la cursiva es mía). Así que, al ejercer su poder, el legislador debe respetar un canon de racionalidad constitucional, de modo que infringirá la Constitución si actúa de manera arbitraria (art. 9.3 CE) o discriminatoria (art. 14 CE).

Las “circunstancias económicas y sociales” de la crisis pueden ser “razón suficiente” para adoptar leyes y medidas restrictivas de los derechos sociales, pero no debiera bastar con la invocación genérica de la crisis para justificarlas, sino que estas disposiciones deberían motivar su adecuación y proporcionalidad a las circunstancias invocadas. Y los parámetros de motivación deben servir también como parámetros de control de la discrecionalidad, por amplia que sea la del legislador. Sobre ello volveremos en el apartado 4 de este trabajo.

El incremento de la financiación: general o finalista

Alternativa o complementariamente a reducir los deberes legales de gasto, pueden aumentarse las fuentes de ingresos. Así se viene haciendo en las dos últimas legislaturas, primero aumentando los tipos del IVA, después temporalmente también los del IRPF y del IBI.

Pero interesan más a los efectos de este trabajo las fuentes específicas de ingresos afectados a las prestaciones sociales. Dentro de este orden, destaca por su novedad y por la polémica generada el Proyecto de la Ley de Medidas Fiscales y Financieras que acompaña a la Ley 1/2012, de 22 de febrero, de presupuestos de la Generalitat de Catalunya para 2012, que crea una tasa por expedición y dispensación de recetas médicas y órdenes de dispensación de 1 € por medicamento o producto sanitario prescrito y dispensado.

Simultáneamente, en Castilla y León la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de medidas tributarias, administrativas y financieras ha introducido el conocido vulgarmente como “céntimo sanitario” que ya rige en otras CCAA, esto es, “el tramo autonómico del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, cuyo rendimiento se afectará a la financiación de la prestación del servicio de asistencia sanitaria” según expone su preámbulo y prescribe su art. 6, que introduce para ello un nuevo art. 41 ter en su texto refundido de disposiciones legales en materia de tributos cedidos por el Estado.

Esta última medida no afecta al contenido de la prestación sanitaria ni farmacéutica del SNS, sino que es una medida de política fiscal. Distinto es el caso del copago o “ticket moderador”, cuyos defensores fundamentan no sólo en la necesidad de abocar recursos, sino también como una forma de ganar en eficiencia racionalizando la utilización de los servicios sanitarios y la prestación farmacéutica del sistema. Dicho efecto sólo podrá evaluarse transcurrido algún tiempo desde su entrada en vigor.

La eficiencia en la administración de los recursos

La tercera opción apuntada consiste en mantener la prestación, pero tratar de reducir su coste. Siguiendo con el ejemplo sanitario, pueden recordarse aquí los casos de los esfuerzos acometidos para reducir el gasto farmacéutico del sistema nacional de salud: me refiero, por ejemplo, a los Reales Decretos-Leyes 4/2010, de 26 de marzo, y 8/2010, de 20 de mayo, por los que se acordaron diversas reducciones porcentuales del precio de venta al público de los medicamentos financiados y 9/2011, de 19 de agosto, que adecuó el contenido de los envases de medicamentos a la duración del tratamiento, amplió el campo de la receta por principio activo e introdujo criterios de comparación de precios en las decisiones de financiación de medicamentos.

Obviamente, soluciones de este tipo suponen un óptimo paretiano no sólo económico, sino también jurídico: porque reducen los costes de la actividad administrativa sin sacrificar la utilidad o satisfacción de ninguno de los beneficiarios de la prestación. O en otros términos, porque sirven a los criterios de eficiencia y economía en el gasto público (art. 31 CE) sin comprometer ni los derechos de los ciudadanos (aquí, el derecho a la salud del art. 43 CE) ni el principio de la eficacia de las Administraciones públicas desplegada a su servicio (*ex art.* 103 CE). Sin embargo, el campo de acción de estas soluciones en el corto plazo es limitado: en los casos mencionados, los ahorros se hacían a costa del margen de beneficio del proveedor pero cuando tal cosa no es posible -es decir, normalmente- las ganancias en eficiencia (mejora de la coordinación, evitación de duplicidades, adecuada dimensión y adaptabilidad de la capacidad de servicio, utilización de medios electrónicos de información y comunicación, etc.) requieren reformas complejas, sensibles y sostenidas, cuyos efectos financieros no son inmediatos.

Distinto es el caso en que la eficiencia se obtiene no reduciendo la retribución de los proveedores de servicios o suministros, sino recortando la retribución de los prestadores de los servicios públicos, depauperando sus restantes condiciones de trabajo o incrementando su carga de trabajo. Más allá de la pérdida generalizada de poder adquisitivo de los empleados públicos en los dos últimos años, medidas de este tipo menudean por ejemplo en el sector educativo: incremento de la carga docente, amortización de puestos ocupados por funcionarios interinos o por profesores asociados de universidad, etc. Es difícil valorar un proceso que todavía no ha terminado, pero el riesgo es que no resulte en una mayor eficiencia, sino una menor eficacia y calidad de los servicios.

La opción por la gestión indirecta y la apertura a la competencia regulada

En las prestaciones sociales, ha sido tradicional contratar con empresas o entidades sin ánimo de lucro la gestión indirecta de los servicios públicos a través de la modalidad del concierto, habida cuenta de que éste se celebra con una empresa “que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate” (art. 277 TRLCSP) y tal cosa es característica de los servicios sociales o personales, cuya reserva a la Administración no es en régimen de monopolio. De ahí que el art. 43.2 del *benemérito Reglamento*

de Servicios de las Corporaciones Locales disponga que “los servicios relacionados con las actividades benéficas podrán prestarse por gestión directa o por concierto”.

Sin embargo, ya antes del estallido de la crisis algunas CCAA han dado un paso más allá al introducir la concesión del servicio público en el sector sanitario, contratando conjuntamente la construcción y la gestión de hospitales públicos, como hizo primero la Comunidad Valenciana con el de Alzira y después la Comunidad de Madrid⁷. Es evidente el atractivo financiero de estas fórmulas para las Administraciones públicas titulares del servicio, que pueden periodificar a largo plazo la financiación de las nuevas infraestructuras y servicios.

Pero no menos notorio es el debate sobre la singularidad de la concesión aplicada en esta familia de servicios, regida por el principio de solidaridad y por el criterio de gratuidad, en la que el empresario apenas asume “riesgo y ventura”, como sería propio de la concesión, pero sí una deuda pública disfrazada (VILLAR ROJAS, 2007: 172). Como también debemos considerar el riesgo de que esta forma de gestión y financiación (por empresarios con ánimo de lucro no retribuidos por los usuarios, sino por la Administración a título de contraprestaciones contractuales necesariamente predeterminadas pero periodificadas a largo plazo para amortizar la inversión asumida) no instrumente la colaboración, sino el conflicto entre intereses públicos y privados, con los efectos que ello pueda acabar teniendo sobre la eficiencia, la equidad y la calidad de las prestaciones.

Los servicios a la persona (educación, cultura, sanidad, servicios sociales), entre otras singularidades que no hacen ahora al caso, no sólo afectan a derechos de prestación sino también a derechos de libertad (libertades de creación y producción literaria, artística, científica y técnica y de cátedra del art. 20 CE, de enseñanza del art. 27 CE, de asistencia complementaria del art. 41 CE), sirven al principio de solidaridad y requieren una comunicación y empatía personalizadas que hacen difícil estandarizar o protocolizar la prestación misma, de modo que su eficacia y calidad se garantizan mejor ejerciendo la potestad de organización que la de regulación, lo que explica que hayan resistido mayoritariamente el proceso de liberalización en Europa que, por el contrario, ha sido general en los servicios territoriales (energía, correos, transportes, telecomunicaciones) (VAQUER, 2000 y 2002: 127 y ss., TORNOS, 2004: 13-15 y 2005: 374, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007: 101-105).

Y más allá del diferimiento del gasto público que puede obtenerse de la contratación con empresas de los servicios y las obras necesarias para establecerlos, no puede concluirse de forma general –aunque a veces se afirme de forma apodíctica e inopinada– que la apertura de la gestión de los servicios públicos a la iniciativa privada, sustituyendo prestación pública por garantía y/o finan-

7. Distinto es el caso de la concesión de obra pública también utilizado para la construcción, rehabilitación o ampliación de hospitales o centros socio-sanitarios en algunas CCAA, porque en ellos la explotación de la obra no incluye la prestación de los servicios sanitarios, sino sólo los auxiliares o complementarios (residenciales, limpieza, lavandería, cafetería, tiendas, etc.). Para un repaso sistemático de las diversas formas de contratación y gestión de servicios sociales y sanitarios ideadas en la última década para diferir el gasto o encubrir la deuda: VILLAR ROJAS, 2007.

ciación pública de la prestación en competencia, acarree ganancias en eficiencia. Como ya ocurriera en la década de los 90 del siglo XX, la crisis hace hoy resurgir opiniones favorables a introducir “mecanismos de mercado” en la gestión de los servicios públicos, siguiendo ejemplos tales como los cheques o bonos a los demandantes de vivienda de los E.E.UU. o el intento de configurar un mercado interno de servicios sanitarios con proveedores públicos y privados compitiendo por la contratación y financiación de sus servicios en el *national health service* del Reino Unido, pero la OCDE ya se cuidó de advertir entonces que “se ha demostrado que había una cierta ingenuidad en la creencia de que las fórmulas inspiradas en el mercado eran intrínsecamente más eficientes que las fórmulas externas al mismo” y que “ciertamente no constituyen una receta mágica”(OCDE, 1997: 239-240, 256).

La salvaguarda de la igualdad en el ejercicio de los derechos sociales

La igualdad es un valor superior del ordenamiento jurídico en nuestro Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). En el plano dogmático, la igualdad del Estado social no es sólo igualdad formal, que opera como un límite al poder público (igualdad ante la ley y prohibición de discriminación: art. 14 CE), sino también igualdad material, de manera que los poderes públicos tienen atribuida la misión de promover las condiciones para que sea real y efectiva y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.3 CE).

En el plano organizativo, su condición de valor superior del ordenamiento impide considerarla como patrimonio o competencia propia de ninguno de los tres niveles territoriales del Estado: los tres deben propugnarla en el ámbito y ejercicio de sus respectivas competencias. Este supuesto, sin embargo es asimismo claro que la función que cumplen Estado, CCAA y Entes Locales al servicio de la igualdad no puede ni debe ser la misma: porque ni tienen las mismas potestades (por ejemplo, la legislativa de que carecen los entes locales) ni tampoco el mismo ámbito material y territorial de competencia. Siendo la igualdad un valor relativo (entre personas o grupos: nadie es en sí mismo igual, sino igual a otro u otros) y estando referido en la Constitución a todo el ordenamiento por ella encabezado, se sigue que el Estado debe tener reservada una función a su servicio. Y el bloque de la constitucionalidad, en efecto, le atribuye una función regulatoria y otra financiera derechamente dirigidas a salvaguardar la igualdad.

En las páginas que siguen se hará un breve repaso de la función que cumplen y los retos que afrontan estas tres dimensiones aludidas de la igualdad en el contexto de la crisis económica.

La igualdad como fin o mandato

Las sociedades más ricas suelen ser también más igualitarias: de un lado, es más fácil distribuir la abundancia que la escasez y, del otro, la igualdad de oportunidades favorece la creación de riqueza. En otros términos, puede decirse que

en el binomio económico eficiencia-equidad expresa un círculo virtuoso, cuyos dos términos se retroalimentan recíprocamente.

Según este mismo razonamiento, la recesión o –peor aún– la depresión económica es proclive a incrementar la desigualdad en las sociedades que la sufren. Y eso no sólo constituye un problema social y económico, sino también jurídico en un Estado social de Derecho como el nuestro. Los iuspublicistas deberíamos sentirnos concernidos, estudiarlo y proponer respuestas desde la modesta óptica de nuestra ciencia social.

En particular, deberíamos mostrarnos exigentes en que los juicios de ponderación entre fines y de eficiencia entre medios alternativos para la consecución de aquéllos, que necesariamente tienen que hacer los gobiernos y legisladores para adoptar los recortes de forma racional o no arbitraria (art. 9.3 CE), respeten el lugar que ocupan los principios y derechos sociales dentro del sistema axiológico-normativo de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes públicos (art. 9.1 CE), *incluso* el regulador económico, y por la que todos ellos están apelados a promover la efectividad de la igualdad y remover sus obstáculos para su plenitud (art. 9.2 CE).

En esta ponderación entre los derechos y principios sociales que informan la actuación de los poderes públicos y el principio de estabilidad presupuestaria a que están asimismo sujetos, debe participar también “la práctica judicial” (art. 53.3 CE) controlando a los poderes legislativo y ejecutivo, aunque con la debida deferencia hacia el amplio margen de configuración que demanda, asimismo, el principio democrático y la separación de poderes. Aunque pocos, existen algunos ejemplos de aplicación del principio de igualdad material como parámetro de control, que condenan a la Administración por su inactividad injustificada en su deber de promover la igualdad efectiva.

En España, el TS condenó por Sentencia de 9 de mayo de 1986 a un Ayuntamiento a instalar rampas para favorecer la accesibilidad, en aplicación de los arts. 49 CE y 18.1.g) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local. Y en Canadá, el TS ha fallado que no proveer de intérpretes del lenguaje de signos a los sordos en el sistema público de servicios sanitarios, donde sean necesarios para una comunicación efectiva, constituye una infracción *prima facie* del derecho a la igualdad de los discapacitados proclamado en el art. 15.1 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, en el caso *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624.

A los efectos de este trabajo, merecen ser destacados dos aspectos de esta doctrina. El primero es que la estabilidad presupuestaria puede ser razón suficiente para omitir o restringir una prestación, pero no una mera coartada para eludir el deber y la responsabilidad correspondiente. La diferencia entre una y otra cosa es una cuestión de motivación y proporcionalidad susceptible de control judicial. Como recuerda el TS canadiense en la sentencia mencionada, “el margen de libre configuración garantizado al Estado no es absoluto. Los gobiernos deben demostrar que sus acciones no infringen los derechos en cuestión más de lo razonablemente necesario para lograr sus objetivos.” En el caso de autos, la Administración había alegado dificultades presupuestarias para mante-

ner el servicio, pese a que se estimó probado que su coste sólo ascendía a 150.000 dólares anuales, equivalentes al 0,0025% de su presupuesto sanitario, de modo que el Alto Tribunal rechazó el fundamento porque “en estas circunstancias, el rechazo a gastar una suma tan relativamente insignificante para mantener y extender el servicio no puede constituir un mínimo impedimento para los derechos constitucionales de los recurrentes”.

El segundo aspecto destacable es que la prohibición de discriminación incluida en la igualdad ante la ley del art. 15 de la Carta Canadiense y el art. 14 de nuestra Constitución, no sólo constituye una *prohibición de diferenciación* entre iguales, sino también un *deber de equiparación* de las personas en las que concurra alguna de las circunstancias personales o sociales a que se refieren dichos preceptos o de las que sean homologables a ellas, como la discapacidad, que está incluida en el art. 15 de la Carta y, aunque no expresamente en el art. 14 de nuestra Constitución, la ha equiparado nuestro TC por ejemplo en la STC 269/1994, de 3 de octubre, F.J. 4º, según la cual “la discriminación, tal como es prohibida por el art. 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquéllos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana”.

La igualdad como límite

En el apartado 3.1. me he referido ya a la función que el principio de igualdad puede y debe jugar, junto al de interdicción de la arbitrariedad, en el control de constitucionalidad de la justificación (“razón suficiente”) de las medidas legales de recorte de prestaciones públicas.

El TC Federal alemán nos ha brindado recientemente a este propósito un ejemplo aleccionador sobre los límites de la discrecionalidad del legislador. En una sentencia de su sala segunda de 14 de febrero de 2012 (BVerfG 2 BvL 4/10) ha declarado inconstitucional la normativa del Estado federado de Hesse sobre remuneración de profesores, por vulneración del que el Alto Tribunal llama “principio de alimentación” (*Alimentationsprinzip*), en el sentido de manutención o sustento, de los funcionarios públicos que forma parte de la garantía institucional de la función pública consagrada en el art. 33.5 de la Constitución alemana y heredera del viejo y prestigioso modelo burocrático prusiano.

Según la elaboración que ha hecho de este principio el Tribunal alemán, el empleador debe cuidar del bienestar del funcionario público y de su familia y mantenerlo adecuadamente de acuerdo con su rango, la responsabilidad de su puesto de trabajo y la importancia de la función pública de carrera para el público en general, en correspondencia con el desarrollo de las circunstancias económicas y financieras generales y el nivel medio de vida. Significa esto que el legislador debe respetar ciertos criterios cuando regula la remuneración de los funcionarios públicos, como el atractivo del empleo público para el personal con una cualificación superior, la reputación pública del puesto de trabajo o la formación y demás requisitos de mérito y capacidad exigidos a su ocupante.

Necesariamente, el juicio acerca del cumplimiento del principio de manutención por las normas retributivas es relativo: pasa por comparar la retribución de los distintos puestos y funcionarios en una misma disposición, por comparar las distintas disposiciones retributivas y, en relación con un puesto de trabajo dado, de compararlo con la remuneración de puestos similares en el sector privado.

En suma, aunque bajo la especie de este principio constitucional alemán, nos encontramos dentro del género de los controles de igualdad e interdicción de la arbitrariedad. Lo confirman las aseveraciones del Alto Tribunal alemán en el sentido de que el principio constitucional que nos ocupa constituye una directriz para el legislador, que goza de un amplio margen de configuración para determinarlo, por lo que el TC debe ejercer un control prudente y circunscrito a aplicar un estándar de evidente inadecuación. Un estándar que incluye, sin embargo, que si la innovación legislativa produce una reducción sensible del salario, requiere estar basada en razones objetivas (*“sachlicher Gründe”*, una fórmula que recuerda poderosamente a la de “razón suficiente” empleada por nuestro TC) y que si cambia el sistema de retribuciones, además de las exigencias del principio de manutención, deberá respetar el resto de principios constitucionales aplicables. En aplicación de esta doctrina general, el *Bundesverfassungsgericht* falla en el caso de autos contra la normativa de Hesse porque la remuneración en ella garantizada a los profesores es “evidentemente insuficiente”.

Esta jurisprudencia es interesante, porque aplica una doctrina similar a la manejada por el máximo intérprete de nuestra Constitución sobre el control del legislador, no ya a los recortes en los servicios públicos sino a los recortes en las remuneraciones de los servidores públicos, que hemos tenido ocasión de observar que se están aplicando asimismo en España.

La igualdad como competencia

De conformidad con lo dispuesto en el art. 149.1.1ª CE, el Estado tiene reservada la competencia para regular las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales y en el cumplimiento de los deberes correspondientes. Este título competencial ha generado cierta controversia doctrinal alimentada por las vacilaciones iniciales del TC en su aplicación.

En la actualidad, la doctrina del TC ya tiene establecido por un lado que el art. 149.1.1ª CE es “un título competencial con contenido propio, no residual” (STC 173/1998, de 23 de julio, F.J. 9º)⁸ y por otro, que puede utilizarse en conexión con los derechos del Capítulo III del Título I de la Constitución. Así, por ejemplo, la STC 13/1992, de 6 de febrero, cuya fundamentación ha reiterado después la STC 16/1996, de 1 de febrero, lo invoca a propósito de los derechos de la tercera edad del art. 50 CE, del mismo modo que la STC 32/1983, de 28 de

8. Ya previamente le había otorgado a este título una eficacia por sí misma habilitante de regulación estatal, por ejemplo en materia electoral en la STC 154/1988, de 21 de julio, y después lo ha seguido haciendo, por ejemplo en materia de suelo y urbanismo, en las SSTC 61/1997, de 20 de marzo, 164/2001, de 11 de julio, 54/2002, de 27 de febrero, o 365/2006, de 21 de diciembre.

abril (FF.JJ. 2º a 4º), lo trae a colación a propósito del derecho a la salud (art. 43 CE), las SSTC 124/1989, de 7 de julio (F.J. 3º) y 195/1996, de 28 de noviembre (F.J. 6º), lo hacen en materia de seguridad social (art. 41 CE) y la Sentencia 149/1991, de 4 de julio (F.J. 1º D), lo utiliza para asegurar una igualdad básica en el ejercicio del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45 CE).

Y lo cierto es que el legislador estatal ha promulgado importantes leyes sociales al amparo del art. 149.1.1ª CE, como la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad o la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, sin apenas generar conflictividad competencial⁹.

No sólo tiene sentido aplicar el título competencial del art. 149.1.1ª CE al Capítulo III, sino que acaso sea donde más sentido tenga dicha aplicación para preservar el principio constitucional de unidad y la efectiva sujeción de los poderes públicos a la Constitución como norma jurídica (VAQUER, 2002: 158-161). Los “derechos” del Capítulo III son derechos de prestación de configuración legal, ciertamente, pero vienen proclamados por la misma Constitución para todo el Estado. Sin embargo, no les alcanza ni la reserva de ley orgánica del art. 81 CE ni la reserva de ley ordinaria con garantía de su contenido esencial del art. 53.1 CE. La única garantía de un mínimo de univocidad de tales derechos se encuentra, por tanto, en el art. 149.1.1ª CE allí donde el Estado no tenga reservada competencia sectorial o material, como ocurre con la vivienda o los servicios sociales. Si ese título para regular las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de tales derechos no les fuera aplicable, la proclamación de los mismos por la norma de cabecera del entero sistema u ordenamiento español –y, por tanto, para todo él– quedaría prácticamente vacía de contenido sustantivo, ya que cada subsistema u ordenamiento autonómico podría configurar en su desarrollo (o, lo que es peor, dejar de hacerlo) prestaciones totalmente diversas, que no guardasen entre sí ningún tipo de identidad, o incluso incompatibles o conflictivas entre sí. Así pues, donde mejor puede realizar la competencia del art. 149.1.1ª CE su función propia de integración y reducción a la unidad del ordenamiento jurídico¹⁰ es en su relación con derechos económicos, sociales y culturales del Capítulo III.

En todo caso, el título competencial del art. 149.1.1ª CE debe utilizarse con mesura para no vaciar de contenido a los títulos igualmente exclusivos de las

9. El Gobierno y el Parlamento de Navarra interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad contra la Ley de Dependencia (nº 2250/2007 y 2313/2007, respectivamente), pero desistieron después de ellos en virtud de un acuerdo alcanzado en la Junta de Cooperación AGE-Comunidad Foral de Navarra (AATC 22/2008, de 22 de enero y 79/2008, de 11 de marzo).

10. Como ha declarado recientemente el TC de forma general respecto de las competencias estatales, su “razón de ser no es otra, en la lógica del sistema de descentralización característico del Estado autonómico, que la garantía de la unidad última del ordenamiento a partir de un mínimo denominador común normativo, imprescindible en tanto que presupuesto para que la diversificación inherente al principio autonómico no se resuelva en contradicciones de principio con el fundamento unitario del Estado.” (SSTC 30/2011, de 16 de marzo, F.J. 8º, y 32/2011, de 17 de marzo, F.J. 7º).

CCAA en las materias correspondientes¹¹. Legitima sólo para dictar una regulación¹² de mínimos unitarios para todo el territorio español y exclusivamente en lo referente a la igualdad de los titulares de los derechos y deberes constitucionales afectados. Lo que es distinto, por principio, de regular los sectores materiales sobre los que se proyectan dichos derechos y deberes, siquiera sea de forma básica. Es decir, que cabe y debe diferenciarse entre las competencias legislativas y ejecutivas que les corresponden a las CCAA sobre *Derecho sanitario* o *Derecho de la vivienda* y la que tiene reservada el Estado para regular las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio del *derecho a la salud* o el *derecho a la vivienda*, respectivamente. Y sin embargo, las condiciones básicas de la igualdad incluyen “criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas [las materias], tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho...; los deberes, requisitos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho...; los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho”¹³. Cuando, como ocurre en el ámbito de este trabajo, la actividad administrativa al servicio de dichos derechos se resuelve principalmente en una actividad promocional –prestacional y de fomento–, dicha regulación de mínimos estatal (en su caso, apoyada financieramente en el ejercicio de su capacidad de gasto o *spending power*) deberá siempre ser compatible con la mejora o el complemento autonómicos, de forma que la unidad no aboque al uniformismo.

Esta función de igualación básica o mínima la cumple asimismo el Estado en materia financiera. La Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las CCAA afirma en la redacción actual de su art. 2º que uno de los principios por los que se rige es “la garantía de un nivel base equivalente de financiación de los servicios públicos fundamentales, independientemente de la Comunidad Autónoma de residencia.” De conformidad con este principio, el art. 15 atribuye al Estado la función de garantizar en todo el territorio español “el nivel mínimo de los servicios públicos fundamentales de su competencia” y establece que a estos efectos se consideran servicios públicos fundamentales “la educación, la sanidad y los servicios sociales esenciales”.

Ahora bien, tanto en educación como en sanidad el Estado tiene reservadas competencias sectoriales (art. 149.1.16ª y 30ª CE), pero en materia de servicios sociales no. La asistencia o acción social y los servicios sociales han sido asumidos como competencia exclusiva de las CCAA en todos sus Estatutos de Autonomía. Y el precepto no parece referirse a servicios incluidos en el sistema institucional de la seguridad social, en el que la solidaridad financiera está ga-

11. Así se ha cuidado de advertirlo el TC en sus Sentencias 82/1986, de 26 de junio (F.J. 4º), 37/1987, de 26 de marzo (F.J. 9º), 61/1997, de 20 de marzo [F.J. 7º b)] y 173/1998, de 23 de julio (F.J. 9º), por ejemplo.

12. El título competencial del art. 149.1.1ª CE sólo habilita a “regular” y, por tanto, “para establecer *normativamente* los principios básicos que garanticen la igualdad en las posiciones jurídicas de los españoles. (...) Cosa distinta será el modo en que hayan de *ejecutarse y gestionarse* (...) que habrá de hacerse en todo caso (...) respetando las competencias autonómicas exclusivas sobre la materia” (STC 13/1992, cit., F.J. 14º, la cursiva es mía).

13. SSTC 61/1997, de 20 de marzo, F.J. 8º, y 173/1998, de 23 de julio, F.J. 9º.

rantizada por el criterio de caja única (art. 149.1.17ª CE). Luego la consideración que hace la ley de los “servicios sociales esenciales” como objeto de la competencia estatal no se basa en ningún título competencial material o sectorial, sino que sólo puede hacerlo *ex art. 149.1.1ª CE* y confirma la interpretación que de este título horizontal hemos hecho en párrafos anteriores: al amparo del mismo, el Estado podría regular una cartera de “servicios sociales esenciales” como condición básica de la igualdad en el ejercicio de los derechos a la protección social (art. 41 CE), de los discapacitados (art. 49) o de la tercera edad (art. 50), por ejemplo.

Esta manifestación del principio de solidaridad o cohesión social encuentra actualmente un instrumento financiero específico en el Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales, creado en el citado art. 15 de la LOFCA y que tiene por objeto “garantizar que cada Comunidad recibe, en los términos fijados por la Ley, los mismos recursos por habitante, ajustados en función de sus necesidades diferenciales, para financiar los servicios públicos fundamentales, garantizando la cobertura del nivel mínimo de los servicios fundamentales en todo el territorio”.

La conjunción de estos dos títulos -regulatorio y financiero- permitiría al Estado configurar un derecho público subjetivo perfecto a las prestaciones sociales necesarias para garantizar un mínimo existencial¹⁴, que asegure el acceso básicamente igualitario a unas condiciones mínimamente dignas de vida en relación con la manutención y el alojamiento de las personas, al igual que ya ocurre con su educación, su salud o su autonomía personal. Unas condiciones que deben agotar su eficacia en el plano de los derechos constitucionales y evitar en lo posible condicionar la autonomía normativa, organizativa y financiera de las CCAA para configurar y gestionar los sistemas prestacionales de su competencia.

14. En Alemania, el Tribunal Administrativo Federal ha afirmado este derecho subjetivo a las prestaciones sociales que aseguren el mínimo existencial y la Federación tiene una competencia legislativa concurrente con la estatal, en cuyo ejercicio ha dedicado a la asistencia social el Libro XII de su Código Social Federal (BERLIT, en VV.AA., 2005).

Bibliografía de referencia

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, 2004: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, prólogo de Luigi FERRAJOLI, 2ª ed., Madrid, Trotta.
- ALEXY, Robert, 1993: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- , et al., 2009: *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- BAÑO LEÓN, José María, 1987: “La igualdad como derecho público subjetivo”, *Revista de Administración Pública*, nº 114, septiembre-diciembre.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis y MÍGUEZ MACHO, Luis, 2011: *Servicios sociales y crisis económica: los límites del Estado asistencial*, en Blasco Esteve (coord.), *El Derecho de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo. (Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo)*, Madrid, INAP.
- CASCAJO CASTRO, José Luis, 1988: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- COBREROS, Edorta, 1987: “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 19.
- COMISIÓN EUROPEA, 2010: *The social situation in the European Union 2009*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
- FERRAJOLI, Luigi, 1999: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta.
- GARCÍA MACHO, Ricardo, 1982: *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Madrid, IEAL.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, GARCÍA DELGADO, José Luis, y GONZÁLEZ SEARA, coords., 1997, 2000 y 2002: *Las estructuras del bienestar*, 3 Tomos, Madrid, Cívitas/Escuela Libre/Fundación ONCE.
- OCDE, 1997: *La transformación de la gestión pública. Las reformas en los países de la OCDE*, Madrid, MAP/BOE.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, 2000: “Estado social y Administración prestacional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 57.
- , 2002: *Estado social y Estado de bienestar a la luz del orden constitucional*, en Santiago Muñoz Machado, José Luis García Delgado y Luis González Seara, *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Madrid, Escuela Libre/Cívitas.
- PEMÁN GAVÍN, Juan, 1992: *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Madrid, Universidad de Zaragoza/Cívitas.

- PISARELLO, Gerardo, ed., 2009: *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Albacete, Bomarzo.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, 1995: “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 22, septiembre-diciembre.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, 2007: *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons.
- TORNOS MAS, Joaquín, 2004: “Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público”, *Cuadernos de Derecho local*, nº 6.
- , 2005: “Efectividad de los derechos y exigibilidad de los servicios sociales”, en VV.AA., *El Derecho público de la acción social, Documentación Administrativa*, nº 271-272, enero-agosto.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos, 2000: “Los servicios atinentes a la persona en el Estado social”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 11, septiembre-diciembre.
- , 2002: *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Valencia, Tirant lo Blanch/IDP.
- , 2011a: *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, Madrid, Iustel.
- , 2011b: “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 186, septiembre-diciembre.
- VILLAR ROJAS, Francisco José, 2007: “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, *Revista de Administración Pública*, nº 172, enero-abril.
- VV.AA., 2005: *El Derecho público de la acción social, Documentación Administrativa*, nº 271-272, enero-agosto.